AVANT-PROPOS

Cet ouvrage est le résultat d'une recherche menée en 2017 et 2018, régulièrement ponctuée d'échanges avec les professeurs Ph. Maddalon et S. Barbou des Places et soutenue par le directeur de la collection, le professeur F. Picod.

Le comité scientifique, composé des professeurs S. Barbou des Places, A. Cartier-Bresson, E. Dubout, A. Iliopoulou-Penot, Ph. Maddalon, F. Martucci et S. de la Rosa, a permis d'échanger en amont de la rencontre de Limoges. Il s'est réuni avec le soutien de l'IREDIES (EA 4536).

Les intervenants se sont retrouvés pour discuter de leurs contributions à l'occasion d'un colloque organisé sur deux jours à l'Université de Limoges, avec le soutien de l'OMIJ (EA 3177), de la Région Nouvelle Aquitaine, de l'IREDIES (EA 4536) et du VIP (EA 3643). E. Chevalier a été partie prenante dans son organisation, avec l'aide de plusieurs doctorants de l'OMIJ (C. Chassagne, C. Dolmaire, A. Faderne, P. Lagarde et A. Triar).

Les notes de bas de pages des contributions ont été relues par T. Racho.

Je remercie chaleureusement tous ceux qui ont contribué à la fabrication de ce livre, notamment l'ensemble des contributeurs.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Avant-propos
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

LISTE DES AUTEURS

S. Barbou des Places, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1, IREDIES

A. Cartier-Bresson, Professeur de droit public à l'Université Paris Descartes

E. Chevalier, Maître de conférences en droit public, Université de Limoges

L. Clément-Wilz, Professeure de droit public à l'Université Paris Est Créteil, MIL (EA 7382)

E. Dubout, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

S. de La Rosa, Professeur à l'Université Paris Est Créteil, MIL EA 7382

F.-V. Guiot, Maître de conférences en droit public, Université Toulouse I Capitole

A. Iliopoulou-Penot, Professeur à l'Université Paris Est Créteil

J.P. Jacqué, Professeur émérite à l'Université de Strasbourg, Directeur général honoraire au Conseil de l'Union européenne

P. Maddalon, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

G. Marti, Professeure de droit public, Université Lyon 3

F. Martucci, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

T. Marzal, Lecturer à l'Université de Glasgow

C. Mayeur-Carpentier, Maître de conférences, Université de Franche-Comté, CRJFC

C. Mazil, Maître de conférences en droit public, Université de Pau et des Pays de l'Adour

L. Pailler, Maître de conférences en droit privé, Université Lyon III (EDIEC-CREDIP)

Y. Poirmeur, Professeur de science politique, Université Versailles Saint-Quentin

G. Taupiac-Nouvel, Maître de conférences en droit privé, UPPA, Collège d'Etudes européennes et internationales, CDRE (EA 3004), Centre d'excellence Jean Monnet d'Aquitaine, Réseau universitaire européen sur le droit de l'ELSJ

A. Vauchez, Directeur de recherche CNRS, Centre européen de sociologie et science politique, Université Paris1-Sorbonne

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Liste des auteurs
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

INTRODUCTION : ANALYSER JURIDIQUEMENT LE RÔLE POLITIQUE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Laure Clément-Wilz

Professeure de droit public, Université Paris Est Créteil, MIL (EA 7382)

Étudier le rôle politique de la Cour de justice, et en ce sens la considérer comme un acteur politique, n'est pas nouveau, voire peut apparaître comme extrêmement banal. En science politique, la Cour comme acteur politique se retrouve dans la littérature depuis les années 1990 sous le vocable de « judiciarisation de la politique » (1). Ces études insistent sur la situation de la Cour parmi les autres acteurs du droit (2), notamment sur leur capacité à réagir à la jurisprudence (3), sur les conditions de sélection des juges (4) et leur représentativité et, enfin, sur le degré de contrainte qui pèse sur la Cour. Elles envisagent la Cour soit comme un acteur politique rationnel, au même titre que les autres institutions politiques (5), soit comme un acteur politique

(1) R. Hirschl, « The Judicialization of politics », in R. Hirschl, *The Oxford Handbook of Law and Politics*, OUP, 2008, p. 119.

(2) M. Höreth, « The least dangerous branch of european governance ? The ECJ under the checks and balance doctrine, In judicial activism at the ECJ », in M. Dawson, B. de Witte et E. Muir, *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar, 2013, pp. 32-55, p. 35, s'appuyant sur les travaux de J. Weiler, « A Quiet revolution : the ECJ and its interlocutors », *Comparative Political Studies*, 1994, pp. 510-534 et de A.M. Burley et W. Mattli, « Europe before de the Court : a political theory of legal integration », *International Organization*, 1993, vol. 47, n° 1, pp. 41-76.

(3) D. Sindbjerg Martinsen, *An Ever More Powerful Court ? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*, OUP, 2015, 256 p. ; K. Alter, « Who are the Masters of the Treaty ? European Governements and the European Court of Justice », *International Organization*, 1998, 1, pp. 129-135 ; A. Stone Sweet et T. Brunell, « How the European Legal System Works (and Does Not Work) : Override, Non-Compliance and Majoritarian Activism in International Regimes », *American Political Science Review*, 2012, vol. 106, n° 1, pp. 204-213.

(4) A. Cohen, « Dix Personnages Majestueux En Longue Robe Amarante. La Formation De La Cour De Justice Des Communautés Européennes », *Rfsp*, N° 2, 2010, P. 233, I. Solanke, « Stop The Ecj ? An Empirical Assessment Of Activism At The Cjeu », *European Law Journal*, Vol. 6, N° 17, p. 764.

(5) Ainsi, les auteurs de science politique s'interrogent sur l'intérêt personnel des juges à rechercher leur propre pouvoir (K. J. Alter et L. R. Helfer, « Nature or nurture ? Judicial lawmaking in the European Court of Justice and the Andean Tribunal of Justice », *International Organization*, 2010, vol. 64, n° 4, pp. 563-592 ; A.M. Burley et W. Mattli, *op. cit.*).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

différent des autres, en raison précisément du contexte juridique, qui encadre et limite le rôle du juge (6).

En cherchant à étudier *juridiquement* le rôle politique de la Cour, cet ouvrage espère compléter les analyses de science politique sur la Cour de justice comme acteur politique et dépasser les analyses juridiques de la jurisprudence de la Cour notamment en langue française en leur donnant une dimension supplémentaire (7). Il se distingue des premières études juridiques sur ce thème qui dénoncent son caractère anti-démocratique, dès lors que la Cour ne respecte pas ce qui est présenté comme la lettre des traités, ou au contraire la présente comme un gardien de la démocratie lorsqu'elle assure la bonne application des règles du droit de l'Union européenne et la protection des minorités (8) ou promeut les droits individuels et des droits du Parlement européen (9). Il se distingue également de la littérature juridique qui se focalise sur l'équilibre institutionnel ou sur le rapport de la Cour avec les autres institutions politiques (prise en compte de leurs intérêts et possibilités pour elle de dépasser sa jurisprudence) (10).

En effet, la doctrine continentale reste marquée par l'idée selon laquelle la Cour comme juridiction est garante d'une certaine neutralité, ce qui assure son indépendance et donc sa légitimité (11). Lorsque la littérature juridique s'empare finalement de ce thème, sans nécessairement

(6) R. Dehousse, *The European Court of Justice : the politics of judicial integration*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 1998 ; A. Grimmel, « Judicial interpretation or judicial activism – The legacy of rationalism in the studies of the European Court of Justice », *European Law Journal*, vol. 18, n° 4, 2012, pp. 518-535 ; A. Vauchez, « The transnational politics of judicialization. Van Gend en Loos an the making of EU polity », *European Law Journal*, vol. 16, n° 1, pp. 1-28 ; (Sur les « legislative override », C. J. Carruba, M. Gabelet et C. Hankla, « Understanding the role of the European Court of Justice », *American Political Science Review*, vol. 102, n° 4, pp. 435-452 ; 2005 ; G. Garrett, « The politics of legal integration in the European Union », *International Organization*, 1995, vol. 46, n° 2, pp. 533-560.

(7) Voy. égal., A. Bailleux, « Les récits judiciaires de l'Europe », *Revue de l'Union européenne*, 2018, p. 5.

(8) Q. L. Hong, « Constitutional review in the Mega-Leviathan :a democratic foundation for the European Court of Justice », *European Law Journal*, vol. 16, n° 6, 2010, pp. 695-716.

(9) F. Mancini et D. Keeling, « Democracy and the European Court of Justice », *The Modern Law Review*, 1994, vol. 57, n° 2, pp. 175-190.

(10) G. Davies, « Legislative control of the European Court of Justice », *CMLRev.*, vol. 51, n° 6, 2014, pp. 1579-1607 ; M. Dawson, « The political face of judicial activism : Europe's law-politics imbalance », in M. Dawson, B. de Witte et E. Muir, *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar, 2013, pp. 11-31.

(11) Le contrôle juridictionnel de la Cour est conçu comme apolitique : « ce contrôle serait une arène neutre dans laquelle les juridictions interprètent scientifiquement la signification de politiques décidées par d'autres ». Il note que « la tradition européenne tend à surestimer quelque peu la nature formelle de la loi et sa prétendue neutralité » et conclut que « c'est la croyance dans la nature neutre et apolitique du contrôle juridictionnel qui compte véritablement en fait » (J. H. H. Weiler, « Une révolution tranquille, la Cour de justice des Communautés européennes et ses interlocuteurs », *Politix*, 1995, vol. 8, n° 32, pp. 119-138, 131).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

utiliser l'expression « rôle politique », c'est pour aborder l'équilibre institutionnel et, comme en science politique, les possibilités pour les institutions politiques de supplanter la jurisprudence, ou, de manière plus critique, pour le dénoncer ou encourager ce rôle (12).

Il est difficile d'appréhender le rôle politique de la Cour de justice en raison de différents obstacles qui lui sont propres, comme le secret du délibéré, l'utilisation d'arguments purement techrniques et juridiques, l'absence d'éléments discursifs dans les arrêts de la Cour et enfin la brièveté de ses justifications. La question à laquelle cet ouvrage tente de répondre est moins de savoir *si* la Cour a un rôle politique, question abondamment traitée, mais *comment* elle l'exerce. Avant de présenter la méthode proposée pour aborder cette question (II) et les premiers résultats (III), il sera explicité ce que l'on entend par « rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne » (I).

I. – Le sens

On s'attachera à définir négativement (A), puis positivement (B) le rôle politique de la Cour.

A. – Les définitions rejetées

Le rôle politique du juge se distingue à la fois de l'activisme et de l'action normative du juge.

1. La dénonciation ou l'encouragement d'un rôle politique de la Cour se retrouve souvent dans les travaux consacrés à l'« activisme judiciaire » (13) ou, plus souvent dans la littérature française, le « gouvernement des juges », expression dont la fonction est « essentiellement rhétorique (puisqu'elle) sert à justifier la réponse à la question de savoir si l'on est en présence d'un gouvernement des juges » (14). Quand le

(12) Voy. not. T. Horsley, « Reflections on the role of the Court of justice as the "motor" of Europe integration: *legal* limits to judicial lawmaking », C.M.L.Rev., 2013, pp. 931-964.

(13) H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

(14) M. Troper, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 21-36, spec. p. 24 ; L'auteur propose d'ailleurs une définition neutre du gouvernement des juges, ce qui la rapproche du « rôle politique » de la Cour telle que retenue dans cet ouvrage. Sur l'utilisation au niveau de l'Union européenne, D. Simon, « Cour de justice des Communautés européennes – Retour du mythe du gouvernement des juges ? », *Europe*, 2006, Repère 2 ; Sur la distinction, au sujet du Conseil d'État, entre « gouvernement des juges »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

terme « activisme » témoigne d'une volonté de la Cour, activisme et rôle politique peuvent apparaître comme synonymes. Toutefois, la notion d' « activisme », comme celle de « gouvernement des juges », est connotée négativement. La seconde, souvent utilisée au sujet des juridictions constitutionnelles, sous-entend que la juridiction a agi alors qu'elle n'avait pas le pouvoir de le faire. La première, plus fréquemment utilisée au niveau supranational, implique tout d'abord que la Cour prend une orientation donnée, en général dans le sens de l'intégration économique et juridique (15). L'activisme sous-entend que la Cour a un *agenda politique*, qu'elle est soumise à une forme de « conspiration fédéraliste ». Une Cour activiste passerait ainsi sous silence les dispositions qui pourraient freiner cette jurisprudence et, à l'inverse, le *self-restraint* signifierait une plus grande prise en compte des intérêts étatiques. L'activisme signifie ensuite que la Cour adopte une jurisprudence audacieuse, s'éloignant du contenu explicite des dispositions du traité. Dans ce cas, l'arrêt peut aussi être dénoncé comme « politique », en ce sens que le juge ferait passer son orientation politique avant la règle de droit. Enfin, une Cour activiste est une Cour qui décide sans prendre en compte les attentes de la société à qui est destinée sa décision.

Une étude sur le rôle politique cherche à se distinguer de cette optique à plusieurs égards. Tout d'abord, on ne peut plus apprécier la jurisprudence de la Cour à travers le seul prisme de l'intégration. La Cour de justice, cour suprême de l'Union, a vocation à procéder à des équilibres qui vont au-delà de cette opposition. Telle orientation prise, plus ou moins libérale, plus ou moins sociale, plus ou moins sécuritaire, plus ou moins respectueuse des droits fondamentaux, etc., n'est pas politique du seul fait que cette orientation plutôt qu'une autre a été retenue. Un juge « pro-marché » ou « pro-droits des travailleurs », par exemple, n'est pas considéré comme politique parce qu'il a retenu cette orientation. Une étude sur le rôle politique ne cherche pas un éventuel agenda caché de la Cour, ou d'un ou plusieurs juges qui sauraient influencer utilement leurs collègues. « Rôle politique » accolé à « Cour » n'engage aucune dénonciation. Qualifier l'action du juge de « politique » n'implique pas qu'elle est en dehors du droit (16). Bien au contraire, le rôle politique du juge repose sur avant tout sur sa fonction normative.

---

et « faire de la politique », Voy. D. Lochak, « Le Conseil d'État en politique», *Pouvoirs*, 2007, n°123, pp. 19-32.

(15) Voy. même en faveur de la protection des droits fondamentaux (S. Saurugger et F. Terpan, *The Court of Justice of the European Union and the politics of Law*, Palgrave, 2017).

(16) Sur le rapport droit et politique, Voy., *infra*, B) et II.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2. Mais une étude du rôle politique du juge cherche aussi à dépasser l'analyse de sa fonction normative et en cela s'en distingne. En effet, on admet que la Cour a des intentions tout en sachant qu'une telle intention est très abstraite puisque la Cour est composée d'hommes et de femmes qui ne partagent pas nécessairement le même point de vue. Même si la place respective de l'intention et du raisonnement juridique n'est pas tranchée de manière définitive, on présuppose empiriquement, que le juge, comme beaucoup de juristes, procède, très shématiquement et sans intégrer les aspects sociaux, psyschologiques, stratégiques ou encore idélogiques (17), de la manière suivante. Tout d'abord, il a des intuitions, des projets au regard du dossier, de l'affaire, de la question posée ; ensuite, il évalue le droit applicable, les argumentations juridiques des parties et de ses collègues ; il conforte son intuition de départ ou au contraire accepte de l'infléchir si les contraintes juridiques sont trop fortes. Il est ainsi dificile de nier que le juge opère des choix dont l'impact politique n'est pas connu ou assumé ; cela ne signifie toutefois pas non plus que l'orientation prise surdétermine son raisonnement juridique.

Ainsi, il ne s'agit pas tant de rechercher les intentions cachées des juges, ses influences, ses origines, en se fondant sur des éléments qui appartiennent à la sociologie ou à la psychologie. Ces études rencontrent très rapidement des limites en raison de leur caractère souvent trop hypothétique et surtout peu identifiable et maîtrisable par des juristes. L'ambition n'est pas d'intégrer les décisions dans une « histoire » (18) mais, plus modestement, de rechercher les intentions de la Cour telles qu'elles ressortent de son discours juridique et de la solution de ses arrêts. En effet, appréhender le rôle politique de la Cour s'appuie sur le droit ; il s'agit du « travail politique du droit » (19).

B. – Les acceptions retenues

Trois acceptions sont retenues pour définir le rôle politique de la Cour dans le cadre de cette étude.

Selon la première acception, que l'on pourra désigner comme « politique-orientation », le rôle politique signifie que la Cour suit une orientation pour organiser un domaine d'activité, qu'il soit économique,

(17) Pour une étude détaillée de maturation d'une décision par le juge et la prise de décision des juges collectivement, Voy. R. A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008.

(18) F. Nicola et B. Davies (ed.), *EU Law Stories – Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence, EU Law Stories*, Cambridge University Press, 2017.

(19) A. Vauchez, « Le travail politique du droit ou comment réfléchir au "rôle politique" de la Cour ? », cet ouvrage. Voy. égal. S. Barbou des Places, contribution dans cet ouvrage.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

social, sécuritaire ou qu'il vise le rapport entre les institutions. Ces « options politiques » (20) sont rendues possibles car la Cour dispose d'un véritable pouvoir normatif (21) sans pour autant être dotée du pouvoir d'initiative. Ses décisions ont des effets sur la direction que prend l'Union européenne, et donc sur les affaires publiques, l'économie ou la société. La Cour de justice, en tant que juge de l'équilibre institutionnel et de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États, intervient *par la force des choses* dans la vie politique européenne, de la même manière que « le Conseil d'État, « parce qu'il est le juge de l'exécutif, donc du pouvoir, est amené, *par la force des choses*, à jouer un rôle politique, qui s'exprime autant par la diffusion de certaines valeurs que par des interventions plus directes dans la vie politique » (22). De plus, le rôle politique ne peut être compris par opposition à la sphère économique ou sociale, ni même comme s'opposant à la défense d'intérêts individuels ou à la promotion du marché. Promouvoir la bonne marche du marché intérieur relève aussi d'un choix politique, de même que laisser les opérateurs économiques décider à la place du pouvoir public. Laisser faire le marché est aussi un choix politique. À chacun de déterminer quelle orientation politique prend la Cour, en sortant des poncifs et des cas trop isolés, bien souvent surdéterminés par le parti-pris de l'auteur.

On peut retenir une deuxième acception que l'on appellera « politique-critique », qui signifie que la jurisprudence est étudiée sous un angle critique. Bien qu'une étude sur le (seul) « rôle politique » semble induire qu'il se distingue d'un rôle qui serait, lui, proprement juridique, il convient de souligner d'emblée que droit et politique sont, d'un point de vue théorique et pratique, imbriqués. Le droit relève du politique et le met en forme par le truchement d'un discours qui lui est propre et qui, en retour, le contraint. Si l'un et l'autre se lisent ensemble, quel intérêt alors à utiliser le terme « rôle politique » dans un ouvrage réunissant des juristes spécialites de la jurisprudence de la Cour ? Il réside dans le fait que le terme « politique » invite à faire un « pas de côté », pour utiliser une expression à la mode, et à prendre un certain recul par rapport

(20) C. Wiener, « Note sur l'ouvrage de D. Lochak », *RIDC*, 1973, p. 771.

(21) Pouvoir considérer comme exercé « dans les limites d'un exercice rigoureux de la fonction juridictionnelle » (J. Boulouis, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence – Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés Européennes », in *Mélanges en l'honneur de Marcel Waline – Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 149-162, spec. 152).

(22) D. Lochak, « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, 2007, n° 123, pp. 19-32, D. Lochak, *Le Rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972 (souligné par nous).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à la jurisprudence en s'interrogeant non seulement sur la qualité d'un raisonnement, mais également sur les alternatives possibles, sur le sens politique d'une décision. Pour le dire autrement, l'expression « rôle politique » permet de poser une question utile : quelle est la spécificité du pouvoir politique quand il est exercé par la Cour ? Critiquer un raisonnement juridique, qualifier une décision, et en appréhender la portée, si besoin d'ailleurs en recourant aux termes d' « activisme » ou de « self-restraint », ou encore d' « audace » ou de « réserve », c'est ce à quoi invite cette étude.

Selon la troisième acception, que l'on pourra désigner « politique-choix », le rôle politique signifie justement la possibilité de choisir, même si elle est « involontaire » (23). Simplement énoncé : plus le choix est ouvert, plus la marge politique du juge est importante (24). Certains facteurs, comme le pouvoir discrétionnaire des institutions faisant l'objet d'un contrôle juridictionnel, le maillage juridique serré d'un secteur donné, ou encore la jurisprudence constante, limitent cette marge quand d'autres, comme le silence du législateur ou des auteurs des traités, le caractère laconique des formulations, les contradictions dans le texte ou la jurisprudence, sont autant de marges de libertés laissées au juge (25). Retenir telle ou telle méthode d'interprétation (interprétation dite « textuelle », interprétation téléologique, etc.) pour combler les vides repose aussi sur un choix qui n'est pas dicté par une autre norme ; il s'agit, là encore, d'un espace, d'un champ qui laisse place au rôle politique de la Cour. En effet, la norme est un cadre ouvert à plusieurs possibilités et les différentes décisions susceptibles d'être prises « seront toutes conformes à la norme à appliquer si elles ne sortent pas du cadre » (26). Si l'on suit la thèse de Kelsen, toute norme doit être interprétée dans la mesure où elle doit être appliquée et la norme supérieure « laisse toujours une marge plus ou moins grande à l'appréciation et se présente ainsi comme un cadre à remplir ». L'expression « espaces de choix » est volontairement plus large (et plus vague nous le concédons) que les raisons d'opportunité. En effet, l'opportunité et la légalité

(23) « The decision-making freedom that judges have is an *involuntary* freedom » (R. A. Posner, *op. cit.*, p. 9).

(24) Selon D. Lochak, la nature politique du pouvoir normatif du juge s'exprime « d'autant plus aisément que le caractère particulièrement souple des normes […] lui permet de tenir compte, dans l'application de la règle de droit, non seulement de considérations juridiques, mais également de considérations politiques » (D. Lochak, *Le Rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972, p. 15).

(25) Sur l'aspect substantiel des contraintes juridiques dans les traités, voy., *infra*, II. A).

(26) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd., 1960.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sont en réalité difficile à distinguer (27) et utilisées dans le cadre du contrôle de la validité. Également « espaces de choix » est plus approprié que « pouvoir discrétionnaire ». Si l'on entend le pouvoir discrétionnaire comme « correspond(ant) à la liberté d'action consentie à une institution normative dans l'exercice de son pouvoir » (28), ou encore à « un pouvoir de choix consenti par le droit » (29), il se rapproche alors du rôle politique dans son acception retenue ici. Toutefois cette expression vise davantage les institutions décideurs politiques que le juge. De plus, l'expression « pouvoir discrétionnaire » est elle-même très contestée quand elle concerne le juge. D'aucuns considèrent que le droit est une interprétation mais qu'il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire du juge (30).

Existe-t-il des cas où ces espaces sont inexistants ? Si l'on répond négativement, on peut alors douter de l'effet mobilisateur du syntagme « rôle politique » qui deviendrait alors simplement rhétorique. Si toute l'activité du juge relève de son rôle politique, quel est l'intérêt d'utiliser cette expression ? Est-elle toujours opératoire ? Elle permet d'évoquer une certaine démarche dans l'analyse de la jurisprudence, celle qui implique la recherche de ces espaces de choix, et la vérification ce que fait le juge de ces espaces (31). Également, il n'est pas rare que la Cour masque un réel choix derrière des évidences ou se crée elle-même des espaces de choix. En effet, « tout acte de juger, qu'il soit interprétatif ou plus franchement « légiférant », est toujours et fondamentalement un acte politique, violent, pour partie auto-institutif » (32). Il s'agit ainsi d'apporter un regard si ce n'est différent, ou neuf, au moins canalisé par une problématique précise, relative à son activité judiciaire.

En définitive, ces trois acceptions amènent toutes à s'interroger sur la question théorique de la place de la contrainte juridique dans le choix du juge et invitent à déterminer une méthode pour l'apprécier.

(27) F. V. Guiot, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne – Recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Institut universitaire Varenne, Paris, LGDJ, 2016, p. 66.

(28) A. Bouveresse, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, collection « Droit de l'Union européenne », 2010, p. 20.

(29) *Ibid.*

(30) R. Dworkin, « La théorie du droit comme interprétation », in « Dossier R. Dworkin », *Droit et Société*, n° 1, 1985, pp. 81-92.

(31) De la même manière D. Lochak considère que certains choix politiques du Conseil d'État sont plus ou moins visibles (D. Lochak, *op. cit.*, p. 24).

(32) D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges, une question à dissoudre », in S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), *op. cit.*, pp. 341-355, spéc. p. 349).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. – La méthode

Définir juridiquement le rôle politique d'une institution revient à admettre que droit et politique ne s'opposent pas : le premier met en forme et contraint le second. Définir juridiquement le rôle politique d'un juge, c'est encore donner de l'importance au raisonnement juridique utilisé par ce dernier. Il permet de donner à voir un aspect de sa fonction moins ouvertement assumé. L'étude du rôle politique de la Cour vise surtout à déterminer le niveau de contrainte textuelle et la marge de manœuvre du juge. Ainsi, la méthode retenue dans cet ouvrage puise sa matière première dans la jurisprudence de la Cour (A) et repose sur une analyse critique du droit (B).

A. – Le matériau utilisé

Afin d'évaluer juridiquement le rôle politique du juge, ou encore d'étudier les *modalités* de ce rôle politique, le matériau d'étude est la production normative principale de la Cour, la jurisprudence de la Cour, façonnée par et comprise des juristes (juges, plaideurs, doctrine). La jurisprudence et les raisonnements juridiques qu'elle contient apparaîssent en effet comme la source la plus tangible et visible de l'action de la Cour (33). Quand elle contribue à la production d'autres textes normatifs, comme le règlement de procédure ou le statut par exemple, elle n'agit pas en tant que juge mais en tant qu'institution qui s'organise. De même, lorsqu'elle agit en dehors de l'adoption de décisions de justice (conférences, rencontres, etc.), l'analyse de son rôle est plus délicate, si ce n'est aléatoire, en tout état de cause difficilement appréhendable par les juristes. Sont également exclues du champ de l'étude, à tout le moins à titre principal, les sources d'influence de la Cour et les effets politiques observables de ses décisions.

Se baser sur la jurisprudence dans son ensemble, autrement dit les motifs et les dispositifs des arrêts, et principalement sur la jurisprudence, implique de prendre le raisonnement juridique au sérieux, tout en admettant que ce dernier sert certaines intentions, plus ou moins assumées, qu'il recouvre. N'est-ce pas finalement renoncer à une prise de position théorique ? Vouloir échapper à la pure dogmatique juridique sans pour autant verser dans l'approche empirique et la recherche d'une hypothétique réalité de l'argumentation ? Dans le cadre de la théorie

(33) L. Azoulai, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008, pp. 29-45.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

réaliste de l'interprétation, l'interprétation est un acte de volonté du juge qui va donner, par son pouvoir juridictionnel, sa qualité de norme à un texte qui, jusque-là, était simplement un énoncé. Il existe certes des contraintes puisque l'interprétation du juge est le résultat de déterminismes, qui font qu'il n'est, au fond, pas libre. Toutefois, elles sont matérielles et non juridiques, puisque c'est le juge qui crée le droit. Ainsi, chez M. Troper, « le juge est juridiquement libre mais sociologiquement contraint » (34). Dans le cadre de notre approche, le point de savoir si les contraintes sont juridiques ou sociologiques n'est pas tranché nettement : nous partons du postulat qu'il existe de véritables contraintes (35), sans se demander si le juge « s'auto-contraint » ou est véritablement tenu par des règles externes. Que la contrainte vienne du fait ou du droit, en toute hypothèse son contenu se trouve dans la règle de droit (36). De plus, le juge est encadré par la saisine et par la question qui lui est posée. Autrement dit, le juge ne peut qu'utiliser la règle de droit et mobiliser le raisonnement juridique.

Au niveau de l'Union européenne, ces contraintes peuvent être très sommairement présentées ainsi : d'une part on trouve à la fois des dispositions qui favorisent l'intégration *(« empowering norms »)* (37) et celles qui la limitent. Ainsi, parmi les premières, certaines dispositions du traité revêtent un « potentiel d'augmentation de la compétence » de l'Union, qui permet à la Cour d'agir comme un législateur. Il s'agit par exemple de l'article 3 TUE, des bases juridiques donnant une compétence pour adopter des actes, ou encore des vecteurs d'intégration, comme « l'union sans cesse plus étroite ». À l'inverse, on trouve des dispositions limitant la démarche intégrative, comme le respect de l'identité nationale ou les dérogations à liberté de circulation. Les contraintes juridiques résultent, d'autre part, de la diversité des champs de compétence (marché, politique sociale, politique pénale, politique environnementale, Union économique et monétaire), portées par des logiques différentes ; les traités promeuvent des objectifs parfois contradictoires, sans règles de conciliation.

(34) A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 220.

(35) « Legalism does exist, and so not *everything* is permitted » (R. A. Posner, *op. cit.*, p. 1).

(36) C'est cette importance donnée au cadre qui place cet ouvrage en dehors de l'École réaliste du droit, auto-désignée comme la « jurisprudence politique » qui voit les juridictions comme des agences politiques et les juges comme des acteurs politiques (M. Shapiro, « Political Jurisprudence », in M. Shapiro et A. Stone Sweet, *On Law, Politics and judicialization*, OUP, 2002, p. 21 ; M. Shapiro, *Law and Politics in the Supreme Court – New approaches to political jurisprudence*, The Free Press of Glencoe, 1964, p. 1).

(37) T. Horsley, *op. cit.*, p. 942.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le matériau principal pour analyser le rôle politique de la Cour est donc ce qui fait le quotidien des juristes : la jurisprudence et le droit positif, ce qui permet notamment d'évaluer le niveau de contrainte du juge (38).

B. – L'approche proposée

1. En accordant de l'importance à la jurisprudence, l'approche repose principalement sur l'analyse du raisonnement juridique utilisé par la Cour. Cela implique d'admettre que le raisonnement juridique n'est pas un raisonnement comme un autre. Sans être un raisonnement scientifique (raisonnement déductif et logique, laissant seulement la place au syllogisme, et à l'analogie, la norme étant impersonnelle), il n'est pas non plus un simple raisonnement heuristique. Nous ne considérons pas que le juge intègre les contraintes du droit afin de le servir dans un discours qui masque en réalité d'autres préoccupations (politiques, sociales, institutionnelles, économiques, voire psychologiques). Bien qu'il semble difficile de ne pas croire que ce qui guide la solution du juge, au moins individuellement, avant toute analyse approfondie du dossier, n'est pas prédeterminé par des « connaissances d'arrière-plan » déjà évoquées, nous partons du postulat que le raisonnement juridique est véritablement contraint par un ensemble normatif (39), et n'intervient pas seulement *a posteriori* de choix guidés par d'autres considérations. Telle que la Cour de justice est conçue, il n'appartient pas au juge de révéler ses choix politiques ; un juge raisonne en droit ou n'est pas un juge. « Il existe pour lui une nécessité proprement vitale à ce qu'il légitime son action (…) en annonçant coram populo que toutes ses options (…) sont juridiquement fondés, dérivés et déduits de texte juridique et des habilitations qu'il confère, rendus possibles et nécessaires

(38) Cette recherche repose sur les mêmes présupposés que celle sur les « récits judiciaires ». En effet, comme l'étude sur le rôle politique de la Cour, l'approche narrative de la jurisprudence a cherché à dépasser la « controverse stérile » sur le prétendu agenda politique de la Cour qui serait révélé dans la jurisprudence. Cette approche « prend (…) au sérieux la prétention de la Cour à la neutralité ». De même, l'approche sur le rôle politique de la Cour « ne fait pas dire aux arrêts de la Cour davantage que ce qui s'y trouve » : il part de la jurisprudence et du raisonnement juridique pour découvrir le rôle politique de la Cour. Autre point de convergence, l'approche proposée « permet de nourrir le travail doctrinal » et l'aspect critique de l'analyse. Ainsi, l'approche narrative cherche en définitive à « met(tre) en évidence le rôle « politique » du droit » (A. Bailleux, « Les récits judiciaires de l'Europe », *Revue de l'Union européenne*, 2018, p. 5). La différence réside probablement dans l'objet de la recherche : l'approche narrative vise les représentations de l'Europe, quand l'approche sur le rôle politique vise les choix politiques sous-jacents, et cherche à évaluer le niveau de contrainte.

(39) La marge de manœuvre du juge constitutionnel se situe à l'intérieur d'un cadre constitué et restreinte par sa propre interprétation (R. Dworkin, « La chaîne du droit », *Droit et Société*, pp. 51-79).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

par l'effet de la loi. Même et surtout lorsque ce n'est, en réalité, pas le cas du tout » (40). C'est en ce sens que P.Bourdieu considère que le travail de rationalisation du droit est « propre à (…) faire que le système des normes juridiques apparaisse (…) comme totalement indépendant des rapports de force qu'il sanctionne ou consacre » (41).

Le juge agit dans les « espaces de choix » (42), qu'il peut se créer lui-même. Seule cette conception du raisonnement juridique permet de considérer que le juge est légitime dans sa fonction de juger. Dès lors que l'on est convaincu de la légitimité du juge dans son existence et son action, il convient de prendre le raisonnement juridique, source de motivation et donc de légitimité, au sérieux (43). La solidité du raisonnement est la garantie de l'insertion de la jurisprudence dans une logique de système et de cohérence (44). L'obligation de motivation juridique qui pèse sur le juge lui donne sa qualité de juge (45). Et c'est parce qu'il est ainsi envisagé que le raisonnement est soumis à la critique (46). Dans le cadre de l'approche retenue ici, la faiblesse d'un raisonnement n'aboutit pas à la qualification de « politique » d'un jugement, mais donne des indices pour évaluer/quantifier le rôle politique de la Cour. Une décision judiciaire non ou mal motivée est considérée non pas comme politique mais comme arbitraire ou faiblement légitime.

On le voit encore, l'approche retenue ne cherche pas à trancher définitivement entre le dogmatisme et le réalisme ; à l'instar de D. de Béchillon, on peut à la fois être réaliste et ne pas être réaliste : il faut quoi qu'il en soit « compléter le point de vue de la dogmatique juridique par d'autres formes d'approche et d'autres regards, forcément plus « réalistes » dans leur projet si l'on veut scientifiquement rendre

(40) D. de Béchillon, *op. cit.*, p. 351.

(41) P. Bourdieu, « La force du Droit », ARSS, 1986, n° 64, p. 7 (cité par D. de Béchillon).

(42) Voy. *supra*, I B).

(43) « The source of its legitimacy rests less in substance (result or outcome) and more in the process itself. A supreme court in a larger federal unity ought to decide even-handedly in favour of as well as against the federation. Such court draws its legitimacy from the impartial judicial process itself, not from one-sided "corruption by rights" for the individuals coupled with messia- nic61 promises of a "Community of Destiny" to come » (M. Bobek, « Legal reasoning of the EU-Book review », *E.L. Rev.*, 2014, 39(3), pp. 418-428, 428).

(44) P. Wachsmann, « La volonté de l'interprète », Droits, n° 28, 1998, pp. 29-45, spec. 44.

(45) E. Picard souligne qu' « il est de l'essence même de la fonction juridictionnelle de devoir justifier en raison et compte tenu d'un certain nombre d'éléments » (E. Picard, intervention dans S. Brondel, N. Foulquier et L. Hrschling (dir.), *op. cit.*, p. 57).

(46) Comme l'ont souligné E. Muir, M. Dawson et B. de Witte, le problème actuel est le caractère parfois imprévisible et inégal du raisonnement de la Cour ainsi que l'absence de raisonnement motivé pour atteindre certaines solutions (E. Muir, M. Dawson et B. de Witte, « Introduction : the European Court of Justice as a political actor », *op. cit.*, p. 1).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

compte de la totalité de notre objet [le gouvernement des juges] » (47). Nous ne nous demandons pas si le juge utilise le droit pour parvenir à ses objectifs. Le droit est un discours qui met en forme la politique, et l'ouvrage ne cherche pas l'antériorité du droit ou de la politique. *Le réalisme comme complément du dogmatisme* : l'étude du rôle politique de la Cour de justice intègre ces deux regards sur l'objet juridique qu'est la jurisprudence.

2. Analyser juridiquement le rôle politique de la Cour doit reposer sur une méthodologie commune dont nous nous proposons d'en dessiner les grands axes. Il s'agit d'*incitations à l'analyse*, qui ne prétendent ni à l'originalité ni à l'exclusivité. Elles servent simplement, de point d'appui à une réflexion globale sur le rôle de la Cour. Première incitation, les questionnements fondamentaux sur le choix d'un thème et d'arrêts afin de justifier une étude du rôle politique de la Cour. Ainsi, on peut relever l'origine de la question préjudicielle ou la qualité du requérant, l'actualité de la question, son traitement dans la presse, les difficultés politiques qui l'entourent. Également, l'existence ou non d'un communiqué de presse, d'une opposition des avocats généraux, la participation des États, le nombre d'affaires pendantes, la force probante du/des cas retenus. Enfin, il s'agit de déterminer le niveau de contrainte juridique (domaine très réglementé par le droit dérivé ; au contraire, seuls quelques dispositions du traité ; grands principes, etc.).

Deuxième incitation, la recherche des techniques juridiques de révélation du choix politique de la Cour. Elle vise à déterminer les « moments politiques » (48) de la décision pour apprécier comment la Cour est parvenu à ce choix. Il s'agit de toutes les appréciations de la Cour sur la propre compétence, sur la recevabilité de la requête ou du renvoi préjudiciel, sur le refus de répondre, la reformulation des questions préjudicielles ou de la demande, le renvoi au juge national, les utilisations de principes, concepts, standards, la manière d'écrire les arrêts (les « formules »), la marge laissée à l'appréciation des États, le principe de proportionnalité, l'identité constitutionnelle, la méthode d'interprétation retenue, éventuelles contradiction dans la jurisprudence, etc..

(47) « Il faut ne pas être complètement réaliste, si l'on veut saisir jusqu'au bout le sens et la fonction de la référence juridique, mais (il) faut être réaliste aussi, si l'on veut comprendre en quoi et comment la référence opère comme fiction structurante, et porter un regard objectivant sur la manière dont la machine vit et marche à l'intérieur et au regard de la fiction » (D. de Béchillon, *op. cit.*).

(48) Expression empruntée à S. Barbou des Places ; Voy. égal. sa contribution dans cet ouvrage.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La troisième incitation concerne les choix politiques sous-jacents. Elle vise à qualifier les équilibres politiques opérés par la Cour et à déterminer ce que la Cour dit de la vie en société. Des indicateurs, comme la sécurité, la liberté individuelle, le fédéralisme, la protection de l'État, la solidarité, l'égalité, notamment, permettent de qualifier la décision de la Cour.

Pris isolément, ces trois questionnements principaux (les fondamentaux, les techniques juridiques et les choix politiques sous-jacents) ne sont certainement pas nouveaux ; ils le sont davantage si on les prend ensemble et par le caractère systématique de leur mobilisation. Au fond, ils permettent d'apporter un *éclairage critique* sur la manière dont la Cour aurait pu trancher et à évaluer les ressorts des instruments juridiques au prisme du résultat obtenu. Aborder la jurisprudence de la Cour de justice sous l'angle de son rôle politique s'inscrit dans une *approche critique du droit*, ancrée dans sa contextualisation, ici conçue comme *une quête sur le sens* de la règle qu'elle applique. Elle donne un rôle décisif à la doctrine juridique, celui de lever le voile de l'énonciation juridique. Dans cet ouvrage, les auteurs sont donc invités à la fois à rechercher ce qui se trouve derrière le raisonnement du juge tout en mobilisant ce raisonnement comme matière première. Le raisonnement juridique comme révélateur d'un positionnement politique, sans tomber dans la dénonciation ou dans l'hypothétisation.

III. – Le résultat

Les juristes francophones largement mobilisés ici réinvestissent un champ d'étude très largement exploré, ce que nous rappellent les politistes et ce qu'ils expliquent avec leur propres outils d'analyse (chapitres 1 et 2).

Après avoir rappelé que la Cour cherche en général à « sortir des radars » en tant qu'organe politique et insisté sur le fait celle-ci « est entrée désormais dans une ère pleinement politique », A. Vauchez s'interroge sur le « sous-équipement collectif » pour penser cette question. Entre une doctrine des « communautaristes » frileuse et une science politique centrée principalement sur les « forces sociales et politiques orientant la trajectoire du droit européen », un vide était laissé, et il a été en partie comblé ces dernières années par différents travaux, « repla(çant) l'enquête au cœur même de la Cour plutôt qu'à sa périphérie ». Toutefois, appréhender le rôle politique d'une juridiction ne peut se faire de la

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

même manière que celui d'un organe décideur politique et responsable politiquement, comme le Conseil par exemple. Dès lors que l'on « prend le droit au sérieux », on peut rechercher le « travail politique du droit », à différents niveaux (« programme institutionnel », « méthodologique » ou encore « matériel »). En cernant cette entreprise collective qu'est la rédaction d'un jugement, puis en explorant « le double processus de production des *inputs* (transformation des plaintes sociales en stratégies judiciaires européennes) et des *outputs* (transformation des décisions judiciaires en effets juridiques et sociaux) » et plus récemment par décryptage méticuleux des affaires en les contextualisant, la science politique a encore de beaux jours devant elle pour étudier politiquement la Cour (*chapitre 1*).

Y. Poirmeur apporte un autre regard de science politique sur le sujet : après avoir rappelé que la justice est par essence politique, dans la mesure où elle concerne le gouvernement de la société, il rappelle que la justice a acquis sa légitimité par sa neutralité et donc sa dépolitisation. L'intervention d'organes politiques (au sens d'organes responsables politiquement) au sein de la juridiction peut apparaître comme une forme de « repolitisation », qui est une première manière d'envisager le rôle politique de la Cour ; à cet égard, en jugeant les États et les institutions de l'Union et en leur donnant accès à son prétoire, la Cour de justice est singulière. Plus particulièrement dans le cadre de cet ouvrage, il faut également considérer les phénomènes de « néopolitisation », qui correspond à sa production normative auquelle les acteurs s'accoutument par la force de la répétition et des règles de procédure. À cet égard, l'auteur pose la question du référentiel ordo-libéral pour conclure qu'en tout état de cause, la Cour est désormais très exposée à la critique d'une « justice politique », conçue comme une dénonciation (*chapitre 2*).

Précisément cet ouvrage cherche à reformuler cette critique, à la dépassionner, à l'objectiver. ; il ne s'agit plus de critiquer la Cour parce qu'elle serait politique mais d'utiliser le rôle politique de la Cour comme outil critique de sa jurisprudence. Il ne s'agit pas de savoir *si* la Cour est politique mais *comment* elle est politique ? Certains thèmes seulement ont été retenus que ce soit dans le domaine institutionnel, économique, social ou sociétal. Les thèmes retenus portent sur les problématiques actuelles, en cherchant à être le plus large possible, sans bien sûr chercher l'exaustivité, difficile à atteindre dans le cadre d'une simple monographie. Ils sont regroupés en trois sous-ensembles conçus de manière volontairement très souple : les chapitres 3 à 5 concernent globalement

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« l'ordre juridique », les chapitres 6 à 9 l'« économie » et les chapitres 10 à 16 la « société ». Pour couvrir un large panorama, aucune thématique n'a été exclue *a priori*, mais afin d'assurer une cohérence d'ensemble et gagner en pertinence, les arrêts préivilégiés ont été prononcés principalement durant ces vingt dernières années, sans exclure systématiquement les décisions plus antérieures. Chaque auteur, en se réappropriant la définition du rôle politique de la Cour de justice et en l'ajustant à son domaine de recherche, s'est penché sur les arrêts prononcés par la Cour dans un domaine donné pour évaluer, préciser et apprécier le rôle politique de la Cour.

En matière de *contentieux de la base juridique*, qui comporte un enjeu interinstitutionnel et une tension entre la logique centralisatrice et la logique décentralisatrice, G. Marti a choisi les litiges dans lesquels s'opposent les bases juridiques relevant de compétences de nature distincte (compétence exclusives v compétences partagées ou compétences « intergouvernementales v compétences « communautaires »). La Cour tranche ces questions à partir de la définition du contenu et de la finalité de l'acte considéré en se fondant sur des éléments qu'elle veut objectifs. Selon l'auteur, les instruments d'analyse juridique mobilisés par la Cour, en apparence objectifs, masque l'exercice d'un pouvoir politique de la Cour. En effet, la plupart des arrêts prononcés par la Cour a eu pour conséquence d'infléchir l'équilibre entre les compétences et les pouvoirs au sein de l'Union européenne dans un sens plutôt favorable à l'intégration. Récemment, la Cour a infléchi sa jurisprudence au profit d'un rééquilibrage au profit du Conseil, nuançant son rôle intégrateur et respectant davantage la lettre du traité (*chapitre 3*).

T. Marzal révèle, dans son chapitre consacré au *champ d'application territorial du droit de l'Union européenne*, le caractère artificiel des justifications donées par la Cour ainsi que les idées et constructions fortes qui se cachent derrière. À la surface, les techniques du droit, comme les limites de l'extraterritoralité, que la Cour rappelle, mais applique toujours de manière très restrictive, ou encore l'interprétation extensive des notions, éléments et règles qui réalisent l'objectif de de l'instrument européen en question, si besoin en s'appuyant également sur l'effet utile de cet objectif. Ainsi, « la Cour peine à cacher les ambitions extraterritoriales du droit de l'Union et fait preuve d'activisme dans la défense de certaines valeurs telles que la protection de l'environnement ou de la vie privée ». En s'appuyant sur plusieurs affaires, comme *Google Spain* ou *AATA*, l'auteur souligne que la Cour tente, par différente technique comme le recours à l'universalisme, l'instrumentalisation du droit

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'Union ou son caractère additif, de dépolitiser sa jurisprudence. En *réalité*, c'est le lien d'appartenance qui détermine son applicabilité, et justifie l'imposition d'un socle juridique aussi contraignant que protecteur (*chapitre 4*).

L.Pailler rappelle qu'il ressort de la jurisprudence sur *l'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux* un mouvement général d'extension de la notion de mise en œuvre du droit de l'Union. Au-delà, il considère que le raisonnement de la Cour, éliptique ou tronqué, laisse transparaitre des choix politiques en apparence divergents. D'un côté, elle montre sa volonté d' « étendre les hypothèses dans une perspective louable de protection des droits fondamentaux ». De l'autre, elle élude la mise en œuvre du droit de l'Union aux fins d'exclure l'invocablité de la Charte afin de prévaloir des intérêts matériels, souvent liés aux sujets européens les plus débattus et sensibles politiquement, comme le « tourisme social », la crise migratoire ou les mesures d'austérité. À l'appui d'une critique des arrêts *Dano* (accès aux prestations sociales des citoyens européens) ou *X et X c/ État Belge* (code des visas et asile), l'auteur démontre que la Cour peine à justifier l'exclusion de la mise en œuvre du droit de l'Union. Les failles dans son raisonnement traduisent des choix politiques soucieux de ménager des États membres. Ces deux mouvements jurisprudentiels, d'apparence contradictoires, trouvent peut-être une cohérence dans le critère, proposé par l'avocat général Cruz Villalon mais considéré comme juridiquement faible par l'auteur, de l' « intérêt spécifique de l'Union à ce que cet exercice du pouvoir s'adapte à sa conception des droits fondamentaux » (*chapitre 5*).

Dans sa contribution sur *l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux*, E. Dubout plaide pour « une articulation plus claire du recours à (cet article) au regard d'autres dispositions des traités (…) notamment les libertés de circulation » et, d'une manière générale, pour « valorisation par les juges de la place de la Charte au sein du système normatif de l'Union ». La Cour devrait argumenter de manière plus poussée quand elle contrôle le respect de cet article, et ce au bénéfice de la « formation d'un imaginaire politique européen ». Cette démonstration est l'occasion de présenter les deux critiques que l'on adresse généralement à la Cour : la « sur-détermination » des traités qui empêcherait toute tentative d'expression d'une volonté proprement politique, d'une part, et la « sous-argumentation » de la Cour, qui correspond à un biais en faveur d'une maximisation des intérêts individuels, notamment économiques au dépens des standards éthiques de vie en société, d'autre part. L'auteur critique le renoncement de la Cour dans l'affaire *Achbita*,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

relative au port du voile dans le secteur professionnel privé, à mettre véritablement en balance sur un plan éthique la liberté religieuse d'une personne physique et la liberté d'entreprise d'une personne morale. Il espère ainsi que « les clivages politiques au sein même du débat juridictionnel soient rendus plus visibles » (*chapitre 6*).

F. V. Guiot et C. Mazille considèrent au contraire que le marché intérieur est certes le moteur d'une construction mécanique mais qu'il est aussi un objet politique, lieu de tous les rapports de force. Afin de démontrer que Cour joue un rôle politique dans ce domaine, ils partent à la recherche des « espaces de discussion », traduisant des choix dans le cadre de cet ouvrage, visibles dans la jurisprudence ou dans les conclusions ou les questions préjudicielles. Ils démontrent ainsi que la Cour, dans sa définition du champ d'application territorial et matériel des libertés de circulation, lui permet de définir la nature du projet d'intégration dont le marché est porteur. Sa jurisprudence montre que s'instaure une dialectique entre, d'une part, un mouvement d'encadrement de la logique d'ouverture inhérente au marché destiné à en éviter l'instrumentalisation, et d'autre part, une préoccupation de simplicité et d'efficacité de la règle juridique. Les auteurs insistent sur le caractère politique de la jurisprudence sur la qualification d'entrave : les règlementations nationales mises en cause sont la traduction de choix politiques comme la protection des consommateurs et la Cour est attentive aux choix sociétaux (*chapitre 7*).

La technique de la *délimitation du marché pertinent* donne l'occasion à P. Maddalon de réévaluer la jurisprudence à l'aune de la problématique générale de l'ouvrage. Rappelant que ce pouvoir de délimitation est dévolu à la Commission et qu'il appartient à la Cour de la contrôler, il défend l'idée que la technique de délimitation du marché qui vise à maintenir une égalité dans la compétition, « marque la prétention de l'organisation marchande à un caractère apolitique ». C'est une technique qui génère, par définition, une insécurité juridique, portée par le seul idéal égalitaire au moment de sa détermination lors du litige. Il s'agit d'une fiction juridique, « censée rendre compte objectivement d'une « réalité économique » et constituer un pragmatisme d'adaptation au cas ». Ainsi le juge ne maîtrise le pouvoir de l'entreprise qu'au moment du litige, ce qui constitue un choix politique de sa part. Cette maîtrise donne un pouvoir du juge face au législateur européen et face aux États, lequel en « commande d'autres », comme celui de définir une amende. Cette technique s'étend au-delà du droit de la concurrence (*chapitre 8*).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Quant à la jurisprudence sur la *notion d'aide d'État*, analysée par A. Cartier-Bresson, la dimension politique de la matière est évidente, mais l'identification du rôle politique de la Cour l'est moins, dans la mesure où, là aussi, c'est la Commission qui opère en premier lieu des choix politiques. Alors que « la Cour n'affirme pas ses choix politiques (…) et veille à se placer sur le terrain juridique, (…) en choisissant entre plusieurs raisonnements possibles, entre plusieurs interprétations, elle précise les fonctions qu'elle assigne au droit des aides d'État ». Les orientations les plus marquantes de sa jurisprudence depuis une quinzaine d'années sont passées par un cantonnement de la dimension étatique de l'aide, ainsi que par une limitation de la notion d'avantage, dans des contextes généralement teintés de finalités extra-concurrentielles. En tempérant ainsi l'image libérale et expansionniste du droit des aides d'État, la Cour a pu contribuer à une meilleure acceptation de ces règles, dont la légitimité est régulièrement questionnée. La dimension politique de sa jurisprudence ressort aussi de ses *ambiguités* lorsqu'elle étend de manière insidieuse la notion d'aide d'État, en se fondant sur la finalité de l'aide et sur l'utilisation ambiguë de la condition de ressources d'État. En jouant de ses ambiguités, elle peut aussi affaiblir la légitimité du droit des aides d'État. Ainsi, « des ajustements ponctuels des critères de l'aide permettent à la Cour d'atteindre certains angles morts du droit de la concurrence et du droit du marché intérieur » (*Chapitre 9*).

F. Martucci se penche quant à lui sur la jurisprudence relative aux « mesures anti-crises », soit le contrôle des mesures adoptées par les institutions, organes, « enceintes » et autorités nationales pour surmonter la crise à la fois financière, de dettes souveraines et bancaire. Il part à la recherche des « marques ou traces les politiques » dans la jurisprudence de la Cour, portant sur des « questions éminéments politiques, en ce que ceux-ci traitent de l'action publique face aux crises », à savoir la conditionnalité qui accompagne l'assistance financière, la politique monétaire de la BCE, la résolution bancaire ou encore la régulation des marchés financiers. Après avoir rappelé le cadre normatif dans lequel la Cour rend l'arrêt, l'auteur relève que la Cour fait souvent référence au contexte. Il ajoute que « le cadre normatif (…) s'avère d'une contrainte relative » : question inédite et donc marge de manœuvre pour la Cour, d'un côté mais continum jurisprudentiel de l'autre. La Cour pratique l'autopoïèse et se ferme sur des pures éléments de droit pour (chercher à) dépolitiser ses arrêts et en les épurant de considérations factuelles. En se fondant sur la stabilité financière comme nouvel objectif, et en le mettant en balance avec certains droits fondamentaux,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'auteur considère que la Cour raisonne classiquement, et qu'en cela elle ne joue pas de rôle politique (*Chapitre 10*).

Le thème de *l'accès des prestations sociales par les citoyens européens*, analysé par A. Iliopoulou-Penot, est sensible politiquement, en témoignent l'abondance du contentieux, la réactivité de la presse nationale, notamment à l'arrêt *Dano*, ou encore le fait que la doctrine, plétorique, salue ou déplore régulièrement l'activisme de la Cour. En se penchant tout d'abord sur le niveau de contrainte juridique, elle relève que la Cour a, dans un premier temps, cherché à se libérer de la contrainte législative, puis dans un second temps, fait preuve d'une déférence singulière vis-à-vis du législateur en relativisant l'importance du droit primaire, se pliant ainsi à la volonté politique dominante. Selon l'auteur, un des révélateurs, juridiques, du changement de position, politique, de la Cour est la postérité variable de la formule du statut fondamental, née dans l'arrêt Grzelczyk et s'éclipsant dans l'arrêt *Dano*, ou encore l'effacement du contrôle de proportionnalité. Quant aux choix politiques sous-jacent, l'accent est d'abord placé sur les droits individuels du migrant, sur la promotion d'une solidarité transnationale, au détriment des intérêts financiers et de la capacité des États de délimiter le périmètre des bénéficiaires de la solidarité nationale. L'attention est ensuite portée aux devoirs du migrant-citoyen « responsable » et « méritant ». La vision de la Cour montre qu'elle est plus sensible aux préoccupations des sédentaires qu'aux intérêts des mobiles et qu'elle respecte davantage l'autonomie des États quant à la définition des bénéficiaires de l'État providence (*chapitre 11*).

Après avoir souligné que « la *matière sociale* est un terrain propice pour proposer une (…) systématisation » sur le rôle politique de la Cour, S. de la Rosa distingue trois blocs de jurisprudence : l'interprétation des directives d'harmonisation, le contentieux des libertés de circulation et les droits sociaux. L'auteur démontre que la Cour a cherché à donner un plein effet aux textes de droit dérivé existant en mettant en avant leur finalité protectrice. En matière de liberté de circulation, « le référenciel récurrent de la marge de manœuvre traduirait une non immixtion volontaire dans le champ social et, partant, une préservation du référentiel principal du marché » ; mais il faut aussi relativiser : les formulations-types de la Cour « prennent en compte les contraintes propres au système juridique de l'Union », comme la nature des compétences de l'Union. Quant à la mise en œuvre du principe de proportionnalité, « la quasi-totalité des mesures nationales soumises à l'appréciation de la Cour ne passent pas le filtre de la proportionnalité », (…) le cadre

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'interprétation contribuant « à garantir le « paradigme » du marché dans la jurisprudence » ; seule une appréciation plus fine de la proportionnalité pourrait faire évoluer le raisonnement de la Cour selon l'auteur. En matière de droits sociaux fondamentaux, il lui semble difficile de tirer des quelques arrêts, comme *Association de Médiation Sociale*, l'existence d'un éventuel choix politique de la Cour. D'une manière générale, il conclut à la difficulté à détecter des choix politiques de la Cour, tant celle-ci est contrainte. Sa retenue, son formalisme, et le caractère classique de sa jurisprence lui permettent d'éviter d'afficher des choix mais la place aussi « en-deça des objectifs et principes sociaux affichés par l'Union » (*chapitre 12*)

En matière de *politique environnementale*, marquée par un « corpus législatif dense », « dotée d'une forte dimension technique » et dépourvue de véritable entrée en matière de droits individuels, E. Chevalier montre que la Cour et le Tribunal ont développé une approche relativement ambitieuse en termes de protection de l'environnement, contribuant à un alourdissement des obligations environnementales. Bien que l'on soit dans un contexte d'intégration économique, le juge n'a pas retenu une approche libérale de la politique environnementale. Il n'empêche que sa façon de concevoir certaines interprétations reflète une prise en compte des enjeux du marché intérieur. De plus, d'une manière générale, le juge a européanisé les standards de protection envonementale, en témoigne sa jurisprudence sur le principe de précaution qui se caractérise aussi par un retrait du juge concernant la définition des standards par les institutions européennes (affaire *Afton Chimical Limitel* du Tribunal) mais, à l'inverse, un encadrement plus resserré concernant les mesures nationales. En matière d'accès au juge, et l'interprétation de la Convention d'Aarhus montre un raisonnement en « apparence classique » mais qu' « il n'en reste pas moins audacieux dans la mesure où il marque la prise en main par l'Union de la détermination des standards applicables à l'accès au juge en matière environnementale », d'autant qu'elle disposait d'un réel choix qui aurait pu lui permettre de reconnaître la compétence des États (ex : *affaire dites des « ours bruns slovaques »*). Sa jurisprudence devient plus criticable en raison du contraste de sa jurisprudence relative à l'accès à son propre prétoire (*chapitre 13*).

En matière pénale et plus particulièrement sur le mandat d'arrêt européen, G. Taupiac-Nouvel, une fois posé en préalable la question de l'*intensité* du rôle politique de la Cour de justice, montre que la jurisprudence est marquée par son volontarisme et son approche sécuritaire. Le cadre juridique (la décision-cadre sur le mandat d'arrêt

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

européen) est récent, mal identifié au niveau des principes et peu diffusé auprès des juridictions nationales. La Cour témoigne d'une « approche constructive », en retenant une approche systémique de l'espace pénal européen (affaire *Melvin West*), d'une part et en consacrant les principes, comme la reconnaissance mutuelle et la confiance mutuelle, et les concepts, tels que la détention ou encore la résidence, applicables à ce domaine, d'autre part. Il apparait également que le renforcement des garanties d'efficacité de la répression s'accompagne, encore à l'heure actuelle, d'une « prise en compte minimaliste des droits fondamentaux ». Limitée dans ses choix par les dispositions d'un droit dérivé de la coopération pénale privilégiant la répression à la protection des libertés individuelles, la Cour de justice de l'Union européenne s'inscrirait alors dans une dynamique davantage déclarative que constructive, témoignant d'une certaine instrumentalisation du principe de confiance mutuelle (*chapitre 14*).

C. Mayeur-Carpentier montre que la Cour tente de combler les vides laissés par le traité en exerçant un contrôle de plus en plus étendu sur *les actes adoptés dans le cadre de la lutte contre le terrorisme*, prenant une position politique en faveur de la garantie des droits fondamentaux. Dans un cadre normatif complexe, en raison de leur double base juridique PESC/ELSJ et du fait que leur application repose sur les États et que la protection juridique relève du droit national de chaque État, « la matière aurait pu la conduire à limiter son examen », mais elle a préféré étendre son contrôle par des instruments contentieux traditionnels, tels que les principes généraux du droit (*Ségi*) ou l'application des conditions de recevabilité du recours en annulation. En revanche, elle rattache la lutte contre le terrorisme à la PESC et non à l'ELSJ, ce qui limite son contrôle. Sur le fond, elle contraint le Conseil à motiver ses décisions, faisant de la Cour « un véritable acteur de l'action extérieure de l'Union européenne » ; son rôle politique consiste, selon l'auteur, à éviter un engagement de la responsabilité internationale de l'Union et de marquer son rôle face aux instances internationales (*chapitre 15*).

Dans sa contribution sur *la politique d'immigration et d'asile*, S.Barbou des Places part de l'hyptohèse que « trancher entre des termes hétérogènes, ce n'est pas seulement placer le curseur entre deux intérêts divergents, mais également arbitrer entre plusieurs interprétations possibles d'un texte applicable à un litige ». Surtout, la Cour « construit sa capacité de choisir ». Ainsi, dans l'affaire *Gezelbasch*, relatif au droit au recours prévu dans le Règlement dit « Dublin », la Cour montre que la pluralité de sens est possible et que le mécanisme est la fois

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

interétatique et protecteur des droits des migrants. Dans le domaine de l'imigration et de l'asile, la Cour introduit de l'équité dans une solution que l'application stricte du droit rendrait injuste, ou admet que l'existence de faits inhabituels ou quantitativement hors norme commande de plier l'application de la règle aux circonstances particulières : en tant que « juge de l'exception », « la Cour endosse sans sourciller un rôle politique ». Également, la jurisprudence « forge progressivement une certaine conception de la société européenne que forment les citoyens avec les étrangers ». Ainsi, en tant que « juge du vivre-ensemble avec les étrangers », la Cour forge un étranger comme une personne vulnérable, à protéger, mais sans autonomie, sans « agentivité » (affaire *Thi Ly Pham*). En décrivant les comportements attendus des ressortissants d'États tiers, « dessine creux la physionomie européenne dans laquelle les étrangers sont appelés à s'insérer » : une société cohésive et méritocratique, ou le principe d'intégration est cardinal.

Dans ses *conclusions*, J. P. Jacqué rappelle qu'« au lieu d'isoler quelques jugements considérés comme « politiques », (l'ouvrage) permet de rendre compte d'une approche propre à chaque politique, ce qui permet ensuite de construire une vision globale ». En effet, « tout litige implique un choix entre des thèses contradictoires et ce choix repose sur une vision de l'Union et de la société européenne ». Les spécificités d'une étude sur le rôle politique *de la Cour de justice de l'Union européenne* sont la place du droit comme langage commun des rapports interétatique, la large marge d'interprétation dont dispose la Cour, et le fait que la Cour, qui n'est pas à la tête d'un système hiérarchisé, doive convaincre par sa (seule) motivation. Deux figures du rôle politique peuvent être dégagées. En tant que « juge bâtisseur », d'une part, la Cour a affirmé les fondements du droit de l'Union, posé les principes constitutionnels et s'est posé comme « arbitre de l'équilibre institutionnel ». En tant que juge législateur, elle « intervient pour poser des règles générales dans le silence du législateur ou pour substituer d'autres règles aux règles établies par le législateur ». En conclusion, « il ne faut pas s'étonner que le juge ait été amené à trancher les litiges qui lui étaient soumis en fonction de la vision qu'il pensait se dégager des traités ». Dans la mesure où « ce qui est important, c'est d'éviter l'arbitraire d'où l'importance de la motivation », il revient « à la doctrine (…) de débusquer derrière la motivation les choix politiques sous-jacents et de vérifier la cohérence ou l'incohérence entre ces choix et le raisonnement juridique proposé par le juge. Cette mise en abyme deviendra un élément de contrôle des choix politiques de la Cour ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction : analyser juridiquement le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 1.

LE TRAVAIL POLITIQUE DU DROIT OU COMMENT RÉFLÉCHIR AU « RÔLE POLITIQUE » DE LA COUR ?

Antoine VAUCHEZ

Directeur de recherche au CNRS, Centre européen de sociologie et science politique, Université Paris 1-Sorbonne

Réfléchir au rôle politique d'un juge, quel qu'il soit, c'est immanquablement s'avancer *en terrain miné*. Dire d'une cour qu'elle est « politique », ce n'est pas en effet simplement donner une définition abstraite de son rôle, c'est aussi toucher l'un des éléments clés de sa légitimité ou, pour le dire autrement, de sa capacité à convaincre de la qualité proprement *judiciaire* (et non pas politique) de ses actes et de la qualité proprement *juridictionnelle* de l'institution elle-même. Les cours y sont sensibles bien sûr, et la Cour de justice de l'Union européenne peut-être plus encore que les autres si on considère que son assise institutionnelle et sociale reste plus récente et à bien des égards plus fragile que les juridictions nationales (1). La Cour de justice (CJUE) n'a du reste jamais cessé de dire sa distance au politique : que l'on pense à l'insistance placée dans la construction de son origine *judiciaire*, celle de ses arrêts fondateurs des années 1963-64, en lieu et place des conditions politiques (en l'occurrence, inter-étatiques) qui ont présidé à sa création ; à l'affichage de son extériorité à la *politique bruxelloise* que marque symboliquement, l'extra-territorialité politique du plateau de Kirchberg (2) ; au travail continu de dénégation par les juges eux-mêmes de la part politique de leur rôle comme des déterminations sociales qui pèsent sur le collectif qu'ils forment (3), etc. Il est vrai

(1) Sur ces points, on se permet de renvoyer ici au chapitre 4 de notre ouvrage : *L'Union par le droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013.

(2) Sur ce point, C. KRENN, « The European Court of Justice's Financial Accountability : How the European Parliament Incides and Monitors Judicial Reform through the Budgetary Process », *European Constitutional Law Review*, vol. 13, n° 3, 2017, p. 453.

(3) Interrogé sur le fait de savoir si « l'histoire de la Cour (laissait) apparaître des personnalités qui ont particulièrement influencé sa jurisprudence », le juge Koen Lenaerts indiquait « je ne pense pas que ce soit le cas […] le principe retenu étant celui de la collégialité : il n'est pas question pour chaque magistrat de se démarquer par une conception personnelle de l'issue

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

que la Cour ne peut complètement disparaître des radars politiques : elle doit bien en effet à l'occasion se défendre *en tant qu'institution* et de plaider sa cause, comme elle en fait l'expérience difficile devant le Parlement européen et le Conseil dans le cadre de la procédure budgétaire ou quand elle cherche à promouvoir comme elle l'a fait récemment des réforme de son organisation (4), voire quand elle doit assurer un quasi-lobbying dans les phases toujours risquées de renégociation les traités, comme ce fut le cas lors de la Convention pour l'avenir de l'Europe (5). On sent bien pourtant à chaque fois qu'elle s'engage dans les empoignades inter-institutionnelles qui forment le quotidien de la politique européenne comme à contrecoeur et qu'elle opère en restant de préférence sous le radar.

Si la Cour tient avant toute chose à apparaître comme extérieure aux jeux politiques, elle doit aujourd'hui faire face à un discours toujours plus diffus sur le caractère émimement politique de son rôle. À bien des égards, la critique de la Cour s'est banalisée au fil du temps au point d'être comme un nouveau *mainstream*. Il reste ici à faire une histoire des critiques de la Cour qui permettrait d'identifier les étapes de l'élargissement des *cercles de la critique* et qui pointerait la diversification progressive de ses *registres* (doctrinaux, politiques, journalistiques, économiques, etc.). Il est vrai que celle-ci est longtemps restée cantonnée aux espaces semi-publics des bureaux des administrations nationales (6) et des colloques des spécialistes de droit international public (7) – sans oublier bien sûr les premiers franc-tireurs politiques qui, à l'image de Michel Debré, ont très tôt sonné la charge contre « la Cour de Luxembourg » (8), suivis de près par les conservateurs britanniques. Le registre de la critique n'était certes pas absent des milieux juridiques communautaristes mais elle existait presqu'exclusivement sur le mode de la tradition orale (9). Le choc provoqué au milieu des années

à donner à l'espèce dont la Cour est saisie » : K. Lenaerts, « Entretien. La Cour assure surtout le respect des droits que les justiciables tirent du droit communautaire », *Europe*, n° 4, avril 2007.

(4) Sur la longue saga de la réforme de l'organisation de la Cour et de la suppression du Tribunal de la fonction publique, voy. A. Alemanno et T. Pech, « Thinking Justice Outside the Dock : A Critical Assessment of the Reform of the EU's Court System », *Common Market Law Review*, février 2017, vol. 54, n° 1, p. 129.

(5) M.-P. Granger, « The future of Europe : judicial interference and preferences », *Comparative European Politics*, 2005, n° 3, p. 155.

(6) B. Davies sur la réception de l'arrêt *Van Gend en Loos* par l'administration allemande.

(7) J. Bailleux, « Comment l'Europe vint au droit. Le premier congrès international d'études de la CECA (Milan-Stresa 1957) », *Revue française de science politique*, 2010, p. 295.

(8) Voy. par exemple : M. Debré, « Les prétentions inouïes de la Cour de justice européenne », *Le Monde*, 11 janvier 1979.

(9) H. Rasmussen, *On law and policy in the European Court of Justice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

1980 par la publication de l'ouvrage du professeur de droit danois Hjalte Rasmussen pointant la politique de la Cour dit bien à lui seul que les rapports symbiotiques qu'entretenaient en alors la doctrine communautariste et la Cour de justice (10). Mais cet « âge d'or » où l'on pouvait encore décrire la Cour comme « tucked away in the fairytale Grand Dutchy of Luxembourg » est bien loin désormais. Il suffit de voir l'effet de souffle des arrêts *Viking* et *Laval* au cœur même de la doctrine des juristes européens, et de suivre les controverses sur sa jurisprudence qui traversent les mondes du droit européen, du syndicalisme et des ONG pour se convaincre que la Cour est sortie de ce cocon et qu'elle est entrée désormais dans une ère pleinement politique (11). Ce n'est sans doute pas une surprise si on considère qu'il n'est pas un sujet de la politique européenne des dernières décennies – réfugiés, travailleurs détachés, fraude fiscale, crise de la zone euro, laïcité, discriminations, etc. – sur lequel la Cour ne soit à son tour intervenue. En somme, sans grande surprise, la politisation de la « question européenne » dans son ensemble n'aura pas épargné la Cour : loin de toucher sélectivement les institutions européennes qui se disent « politiques » (le Conseil, le Parlement, et d'une certaine manière, la Commission), celle-ci aura emporté sur son passage *l'ensemble* des institutions de l'Union, à commencer par la Banque centrale européenne et la Cour de justice. On ne va certes pas aujourd'hui manifester au pied de la Cour comme cela se fait désormais régulièrement devant l'Eurotower de Francfort (siège de la BCE), mais elle fait bel et bien désormais l'objet d'interpellations doctrinales, politiques, journalistiques continues qui la placent sous haute surveillance.

I. – Un sous-équipement collectif ?

L'ennui, c'est qu'à mesure que cette question du « rôle politique » de la Cour s'imposait ainsi comme enjeu du débat sur la politique européenne, notre sous-équipement collectif pour penser cette question apparaîssait crûment. Notre boîte à outils analytiques reste étonnement pauvre soit qu'on se contente de réinscrire la Cour dans un système

(10) L'ouvrage de Hjalte Rasmussen dressait bien un historique des ouvrages antérieures pointant ce rôle politique de la Cour, mais il montrait aussi combien cette critique était restée marginale et pour beaucoup extra-communautaire.

(11) On renvoie ici à la thèse de J. Arnholz, *A 'Legal Revolution' in the European field of posting ? : Narratives of uncertainty, politics and extraordinary events*, Thèse de sociologie, Université de Copenhagen, 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'écart strictement politique (« néo-libéralisme », « fédéralisme » (12)) au risque de prendre les juges pour des idéologues ou des hommes de parti, soit qu'on mobilise les catégories immanquablement normative de « l'activisme judiciaire » ou du « gouvernement de juges » qui placent d'emblée la question sur le terrain de l'anomalie juridique et de la pathologie démocratique (13). La doctrine communautariste a certainement sa part de responsabilité dans cet état de fait, elle qui a longtemps pensé la jurisprudence de la Cour comme « un droit constitutionnel *sans politique* ». Comme l'indiquait Martin Shapiro dans une saillie salutaire, les juristes européens ont trop souvent pensé « *the written constitution as a legal truth ; the case law as the inevitable working out of the correct implications of the constitutional text ; and the constitutional court as the disembodied voice of right reason and constitutional teleology* » (14). Mais on s'en voudrait d'exonérer au passage la science politique. Celle-ci a également sa part de responsabilité. En plaçant la focale de son analyse *en dehors même* du droit, en cherchant à pointer les *usages* politiques et sociaux de la jurisprudence de la Cour, elle a contribué elle aussi à placer la Cour et son rôle politique dans un angle-mort de l'analyse. Tout à leur recherche des forces sociales et politiques orientant la trajectoire du droit européen (États, entreprises multinationales, Commission européenne, etc.), la tradition de recherche née aux États-Unis autour des travaux séminaux d'Anne-Marie Slaughter, de Karen Alter ou d'Alec Stone a toujours préféré quitter la Cour, voire l'univers du droit lui-même, au moment de rendre des dynamiques qui travaillent la jurisprudence communautaire (15).

C'est sans doute l'expérience partagée de cette difficulté à saisir la politique de la Cour qui a motivé la série ininterrompue de colloques qui se sont tenus au cours des cinq dernières années. Sans engager ici un inventaire de cet ensemble foisonnant, il faut souligner que ce renouveau s'est fait au contact de disciplines qui étaient restées jusque là à

(12) Drawing from the « names and known judicial orientations and philosophies » of the four elected presidents, Hjalte Rasmussen actually argues that a « federalist coup » occurred during the October 2004 election as three of them were of strict federalist creed, thereby maintaining a strong hold on the Court : Hjalte Rasmussen, « Present and Future European Judicial Problems After Enlargement and the Post-2005 Ideological Revolt », *Common Market Law Review*, vol. 44, n° 6, 2007, p. 1661.

(13) J.-P. Colin, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1966.

(14) M. Shapiro, « Comparative Law and Comparative Politics », *Southern California Law Review*, 1979-80, p. 537, spéc. p. 540.

(15) Pour une revue de littérature en ce sens : A. Vauchez, « Keeping the Dream Alive. The Transnational Fabric of Integrationist Jurisprudence », *European Political Science Review*, vol. 5, n° 1, 2012, p. 51.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'écart des travaux sur le droit de l'Union : la théorie politique et les théories normatives de la justice dans le cas de l'ouvrage *Europe's Justice Deficit* coordonné par Dimitri Kochenov et Grainne de Burca (16) ; la sociologie pour *Lawyering Europe* coordonné avec Bruno de Witte et qui proposait une première cartographie du champ transnational des acteurs du droit européen (17) ; les *critical legal studies* et l'histoire pour le récent collectif dirigé par Fernanda Nicola et Billy Davies qui a adopté une méthode d'analyse de cas (18) ; enfin, les *socio-legal studies* et les approches de « droit en contexte » pour les livres dirigés par Bruno de Witte et Mark Dawson (19) ou par Michael Bobek (20). Par-delà ces différences, ces travaux ont en commun de replacer l'enquête au cœur même de la Cour plutôt qu'à sa périphérie. Mais cette réflexion était restée inscrite pour l'essentiel dans les espaces transnationaux où l'on débat du droit de l'Union (21) et force est de constater que les communautaristes français y avaient peu pris part à quelques rares exceptions près. Grâce au présent ouvrage et aux travaux de Laure Clément-Wilz (22), ce nouvel agenda de recherche fait pleinement son entrée dans l'espace académique français.

L'idée n'est pas ici, on l'aura compris, d'engager une *opération de requalification* de la Cour en « acteur politique », qui risquerait immanquablement d'apparaître comme une opération de *disqualification* ; il s'agit plutôt de se doter d'un nouveau cadre d'analyse qui permette de saisir cette politique qui git dans le droit produit à la Cour. Sans doute faut-il pour ce faire, écarter d'emblée quelques malentendus. Travailler sur la politique de la Cour, ce n'est pas – comme le craignent trop souvent les juges – sonder à notre tour le « ventre des juges » (selon l'expression de l'ancien avocat général à la Cour Philippe Léger (23)) et décliner à l'échelon européen cette « breakfast theory of

(16) D. Kochenov, G. de Búrca, A. Williams (dir.), *Europe's Justice Deficit*, Oxford, Hart publishing, 2015.

(17) B. de Witte, A. Vauchez (dir.), *Lawyering Europe. European Law as a Transnational Social Field*, Oxford, Hart, 2014.

(18) B. Davies, F. Nicola (dir.), *EU Law Stories. Contextual and Critical Histories of EU Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

(19) B. de Witte, M. Dawson (dir.), *Judicial Activism*, Edward Elgar, 2013.

(20) M. Bobek (dir.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

(21) Sur ces espaces et le maintien d'une segmentation nationale du droit de l'Union, voy. B. de Witte, « European Union Law : A Unified Academic Discipline ? », in B. de Witte, A. Vauchez (dir.), *Lawyering Europe*, *op. cit.*, p. 101.

(22) L. Clement-Wilz, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

(23) Ph. Léger, « La Communauté européenne, l'Union européenne et le droit pénal », in *L'Etat souverain dans le monde aujourd'hui : mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, p. 163.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

jurisprudence » (24) qui consiste à traquer dans les circonstances les causes *réelles* du droit. Ce n'est pas non plus partir à la recherche des intentions politiques cachées qui se tiendraient derrière les apparences trompeuses du droit (25). Le risque est toujours là qui nous conduirait à traquer le *smoking gun* ou l'agenda caché mais cette piste de recherche s'avère ni praticable (en l'état des sources disponibles), ni surtout féconde. D'abord parce qu'elle laisse à penser qu'on pourrait faire le départ entre ces juges qui « auraient » et ceux qui « n'auraient pas » d'intentions politiques, ou bien entre ces cours qui « seraient » et celles qui « ne seraient pas » politiques. Mais surtout parce qu'à définir la présence du politique à partir de ses formes partisanes classiques, on ne se donne pas les moyens d'analyser les formes ordinaires et routinières qu'elle peut revêtir au cœur même du travail judiciaire. On n'étudie pas le « rôle politique » de la Cour de justice comme on étudierait celui du Conseil ou du Parlement européen : le plus souvent, s'il y a un point commun entre toutes les cours européennes, c'est de faire de la politique « sans en avoir l'air », c'est-à-dire *sous des formes* qui sont propres au monde du droit. De fait, c'est souvent l'argument qui apparaît comme « le moins politique » qui a le plus de chance d'emporter l'adhésion des pairs. Mieux, on convainc souvent en montrant non pas le changement voire la rupture, mais bien au contraire en pointant la continuité ou une fidélité plus grande aux principes originels et aux textes fondateurs. Et quand un juge continental se risque à mobiliser des catégories partisanes, la chose est immédiatement pensée sur le mode de la gaffe (26). Manière de rappeler que si l'on entend saisir le rôle politique de la Cour dans ses formes ordinaires, il faut prendre le droit au sérieux et traquer les lieux et les formes spécifiques de ce *travail politique du droit* qui s'organise à Luxembourg (27).

(24) W. King, « A Breakfast Theory of Jurisprudence », *Dicta*, vol. 14, 1936-37, p. 143.

(25) Sur la notion d'intention des juges, voy. L. Clément-Wilz, cet ouvrage.

(26) On se souvient des déclarations d'un juge au tribunal de première instance, aujourd'hui directeur au service juridique du Conseil, dans les colonnes de la revue *Concurrences* à propos de ces magistrats de la Cour placés sous la dépendance de leurs référendaires « véritables ayatollahs de la libre concurrence ». Selon toute vraisemblance, c'est cette prise de position qui aura coûté au juge le retrait du dossier Microsoft dont il avait jusque là la charge : H. Legal, « Le contentieux communautaire de la concurrence », *Concurrences*, n° 2, 2005, p. 1.

(27) Comme on le verra ici, la notion de « travail du droit » renvoie à une double dimension des conditions pratiques dans lesquelles opère l'activité professionnelle des juges et de l'ensemble de savoirs et de savoirs-pratiques constitutifs de la pratique judiciaire à la Cour de justice de l'Union européenne. Dans une thèse soutenue très récemment, Vincent Réveillière mobilise de manière novatrice une notion proche bien que plus étroite de « travail conceptuel » du droit européen : voy. V. Réveillière, *Le juge et le travail des concepts juridiques. Le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, Doctorat en droit, Institut Universitaire européen, novembre 2017.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. – Le travail politique du droit

Si la politique est aussi *à l'intérieur* du droit – et non pas simplement à sa périphérie comme on l'a trop longtemps pensé, s'il y a donc une *politique* du droit, alors il convient de désagréger cette notion de « politique » qui risque à défaut d'être comme ce sparadrap dont on ne parvient jamais à se débarrasser. Pour ne pas se dérober plus longtemps à la nécessité d'une définition opératoire de la notion de « rôle politique », on choisira volontairement une focale large qui permette de scruter la manière dont « la Cour » participe à la *définition* (c'est-à-dire à l'identification et la hiérarchisation) des acteurs (individus, groupes, institutions) et des objets légitimes de la politique et de l'action publique (nationale, européenne ou internationale). Il s'agit là d'une acception extensive qui ne cantonne pas le « rôle politique » de la Cour à ses seules décisions voire à ses seuls « revirements » de jurisprudence. Mais c'est là aussi une définition resserrée car on ne s'intéressera pas ici à la question des *effets* politiques ou aux processus de politisation du travail de la Cour qui nous entraîneraient sur bien d'autres terrains. Reste à préciser analytiquement ce que l'on entend et ce que l'on cherche à saisir au travers de la notion de « définition ». On distinguera ici *trois niveaux* : doctrinal, méthodologique et matériel. Chacun d'entre eux renvoie à des points de choix, des niveaux de généralité et des temporalités différents mais, ensemble, ils permettent de se doter d'une boussole pour identifier les écarts et les évolutions de ce « rôle politique ».

Le premier niveau, qu'on qualifiera ici de doctrinal, interroge le « programme institutionnel » dont s'est doté historiquement la Cour ou, pour le dire plus simplement, le rôle et la fonction que l'institution s'est donnée dans le cadre du projet européen. C'est ce niveau que j'ai analysé plus particulièrement dans *L'Union par le droit*. Il s'agissait de suivre les conditions dans lesquelles s'était formé, dans un même mouvement, un projet politico-juridique décrit comme un « grand dessein d'unification » (28) placé au-dessus des États, et une institution judiciaire supranationale chargée de jouer dans ce cadre la fonction centrale de

(28) « C'est en tant que représentante de cette idée d'ordre que la Cour de Justice apparaît dans la structure institutionnelle ; c'est à la lumière de ce « grand dessein » d'unification qu'elle a entrepris l'œuvre d'interprétation du DC. Il faut dire que les traités de Paris et Rome formulent beaucoup d'objectifs mais définissent peu de règles de conduites matérielles et ouvrent donc un champ à l'effort constructeur de la juridiction », P. Pescatore, *Le droit de l'intégration*, Paris, LGDJ, (1972), rééd. Bruylant, 2005, p. 361.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

garant de cette « Communauté de droit » et de son « équilibre institutionnel » (29). De ce point de vue, la Cour apparaît comme le bras judiciaire (Antoine Garapon dirait le « gardien des promesses ») d'un projet politique de grande envergure, celui du Marché intérieur, constitué autour du « socle constitutionnel » des quatre libertés de circulation (des biens, personnes, services et capitaux) et de la libre concurrence. Ce niveau politique qui lie l'identité institutionnelle de la Cour à une définition supranationale du projet européen a bel et bien des effets jurisprudentiels : jusqu'au traité de Lisbonne, on pouvait les observer dans la tendance consolidée de la Cour à favoriser, dans le cadre des conflits de base juridique, un rattachement des politiques européennes au premier pilier (30), donnant ainsi, dans un même mouvement, un maximum de champ à la méthode communautaire et un maximum de compétences à la Cour. Mais on en retrouve la trace dans les situations multiples où la Cour définit le projet européen en déterminant le pouvoir des institutions, leurs attributions matérielles et fonctionnelles en les réinsérant dans le cadre général d'un « équilibre institutionnel » et d'une « Union de droit » dont elle détermine seule l'esprit et la logique.

Le deuxième niveau, qu'on identifiera comme « méthodologique », analyse les instruments dont s'est dotée la Cour pour *faire jurisprudence* européenne, c'est-à-dire l'ensemble des outils et des recettes qui organisent la production d'un droit européen. Sous ce rapport, la Cour navigue historiquement entre deux polarités : d'une part, le choix d'une forme d'*européanisme* méthologique, pour paraphraser Ulrich Beck, qui contribue à placer – en amont de toute discussion – le paradigme de l'autonomie et de la primauté de l'ordre juridique européen dans le souci de « protéger les valeurs constitutionnelles » de l'Union (31) ; d'autre part, le choix d'une forme de comparatisme qui construit le droit européen sur la base et « dans le respect » des droits et des traditions juridiques nationales. On se souviendra ici que le premier droit communautaire, celui qu'invoquait Maurice Lagrange, était un droit comparé. Prenant place sur une scène européenne où les organisations à vocation sectorielle s'étaient multipliés depuis l'entre-deux-guerres (Organisation internationale du travail, Commission économique pour l'Europe, OCDE, UEO, Conseil de l'Europe, etc…), les Communautés européennes

(29) Cette co-production du projet européen et de la Cour gagnerait à être mis en parallèle avec celle qui lie l'Union monétaire et la BCE, la seconde étant devenue la garante de la première « *whatever it takes* ».

(30) Voy. égal. G. Marti, dans cet ouvrage.

(31) A. Vauchez, « Methodological Europeanism at the Cradle. Eur-lex, the *Acquis* and the Making of Europe's Cognitive Equipment », *Journal of European Integration*, 2015, p. 193.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

héritaient en effet d'une conception du droit européen comme étant *et* devant être le produit d'une comparaison raisonnée des droits nationaux et des grandes traditions juridiques (32). L'émergence d'une méthode d'interprétation téléologique a remis en question ce prisme comparatiste au profit d'un projet autonomiste construit autour de la jurisprudence de la Cour de justice. Ce choix de méthode est perceptible bien sûr dans la détermination par la Cour des rapports qu'entretient le droit de l'Union avec le droit interne bien sûr, mais aussi avec le droit de la Convention européenne (avis 2/13 sur l'adhésion (33)) ou le droit international (*Kadi* (34)) – avis et décision dont on sait qu'ils lui ont justement valu d'être accusée de « solipsisme juridique » (35). Cet ancrage autonomiste de la Cour ne l'a pas empêchée, en d'autres occasions, d'infléchir sa position en donnant, on le sait, une importance nouvelle au « respect » des identités constitutionnelles nationales – comme l'y invitait il est vrai le traité de Lisbonne, ou en aménageant sa jurisprudence de manière à faire place aux intérêts nationaux les plus sensibles (36).

Le troisième et dernier niveau, qu'on qualifiera ici de « matériel » pour renvoyer au domaine des « matières » sectorielles du droit de l'Union, est sans doute celui qui affecte le plus directement le cours quotidien de la politique européenne : il a trait à la définition des objets *de valeur* du droit de l'Union. C'est là la forme la plus ordinaire de cette politique du droit, celle qui se joue dans le travail d'identification, de hiérarchisation et de conciliation des notions manipulées par la Cour. On pense ici bien sûr à l'érection des quatre libertés économiques et à la libre concurrence en socle fondamental du droit de l'Union, à la définition (large) des notions qui les protègent (« entrave », « abus de position dominante », « pratiques anti-concurrentielles », « aides d'État », etc.) et à la délimitation (le plus souvent) étroite des situations qui permettent d'y déroger. On pense aussi à tout ce travail sectoriel qui conduit la Cour à définir les « objectifs de service public », à ériger la stabilité financière en « objectif supérieur » de la zone euro, à identifier les « finalités »

(32) Voy. par exemple : C. Rozakis, « The European Judge as a Comparatist », *Tulane Law Review*, vol. 80, 2005, p. 257 ; ou encore K. Lenaerts, « Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, p. 873.

(33) CJUE, (Ass. Pl.), avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454.

(34) CJUE, (gde ch.), 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat c/ Conseil*, aff. C-402/05 P, Rec. p. I-6351.

(35) Voy., entre autres exemples, M. Koskenniemi, « International law between fragmentation and constitutionalism », *Cambrera Univ.*, 27 November 2006 (accessible : http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MCanberra-06c.pdf).

(36) L. Azoulai, « The ECJ and the duty to respect sensitive national interests », in M. Dawson, B. De Witte, E. Muir (dir.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des politiques d'aide d'État dans le droit de la concurrence, ou encore à cantonner la portée de ces « principes du droit social communautaire revêtant une importance particulière » (conditions de renouvelement des cdd, temps de travail, etc.), etc. On pense enfin plus prosaïquement aux centaines de mots-clés pour lesquelles la Cour a forgé une définition européenne (« entreprise », « salarié », « travailleur », « produit similaire », « marché pertinent », etc.) constituant de ce fait le lexique de base de la politique européenne (37).

III. – Qui décide à la Cour ? De la décision judiciaire et de son « auteur »

Maintenant que nous savons *ce que* nous traquons, il reste à identifier *où* doit se porter notre regard. Et c'est là sans doute qu'il convient de franchir un dernier obstacle analytique en renonçant, au moins dans un premier temps, au moins à des fins de méthode, à parler de la *décision judiciaire* comme d'*un* moment unique de révélation (*judicial fiat*). Le prisme décisionniste qui parcourt les travaux sur les cours interdit en effet de saisir l'écriture du droit judiciaire comme un processus complexe d'écriture. Le trait d'équivalence trop souvent fait entre la « décision judiciaire » et le moment du délibéré néglige le fait que les juges ne décident pas « hors sol » et que la décision n'est pas simplement le fruit de « free-floating judges » délibérant « hors sol ». Comme l'indique justement Karen McAuliffe dans son exploration du parcours interne d'une affaire du dépôt au jugement, les juges ne commencent pas leur travail sur une page blanche, pas plus du reste qu'ils n'ont, une fois la décision rendue, « le dernier mot » sur le sens et la portée de celle-ci. On le sait, le projet de décision soumis à discussion a été ébauché avant même que d'être présenté devant la chambre et c'est sur cette base très contraignante que s'engage un travail d'amendement et d'éventuelle réécriture. Loin d'être circonscrite à un seul moment « décisif », l'écriture des décisions de justice est inscrite dans une organisation désormais complexe (38) autour de laquelle gravite près de 150 référendaires,

(37) Sur ce point, P. Maddalon, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice*, Paris, LGDJ, 2007.

(38) Les conflits internes aigus auxquels ont donné lieu la réforme de la Cour indiquent s'il en était besoin le caractère complexe de l'institution « Cour de justice ». On trouvera des éléments de chronique de cet épisode sur le blog de J. Quatremer, « Les coulisses de Bruxelles » : « Copinage et clientélisme à la Cour de justice européenne », *Blog Libération*, 8 juin 2015 ; « La réforme de la Cour de justice européenne ou l'art de créer une usage à gaz », *Blog Libération*, 7 avril 2015.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

plus de 600 juristes-linguistes, mais aussi des centaines d'avocats et de professeurs de droit, etc.

Il ne s'agit là nullement de chercher les « femmes et hommes de l'ombre » (39) qui décideraient « à la place des juges », comme on le fait parfois à propos des référendaires. Campés en véritables « *legal Rasputins* » de l'Europe, pour reprendre l'expression du juge de la Cour suprême américaine Rehnquist à propos des laws clerks, les référendaires sont ainsi fréquemment crédités d'un poids considérable sur le processus de décision judiciaire (40). Pourtant, ils n'échappent pas davantage que leurs juges au jeu de contraintes propres à la Cour. Pis. En tant que premiers rédacteurs des projets de décision, ils sont plus exposés que les autres au poids des routines institutionnelles et des formats sur le travail d'écriture : c'est ce qui ressort très bien des entretiens effectués par Karen McAuliffe auprès de référendaires qui disent ressentir « a pressure to cite previous judgments 'word-for-word' or even 'paragraph-for-paragraph' » (41). Comme l'indique un autre référendaire, « because we are writing in a foreign language there is a tendency to do a lot of 'cutting and pasting' and so the style (in which the CJEU's judgments are written) reproduces itself' ». C'est dire en somme que la procédure interne que suit un cas au sein de la Cour n'est pas « cette abstraction qu'en fait le droit » mais qu'elle gagne à être analysée comme cet ensemble de gestes, de pratiques, de routines, et une multiplicité de « micro-procédures » (42), qui pèsent sur le dossier et en informent le cours comme les contours.

De ce point de vue, la transformation de la Cour de justice au fil des six décennies de son existence en véritable bureaucratie, bien loin de l'atmosphère surannée et quasiaristocratique qui ressort des photos de « la Cour » dans son premier site de la villa Vauban, est loin d'être

(39) M. Johansson, « Les référendaires de la Cour de justice des Communautés européennes. Hommes et femmes de l'ombre », *RAE*, 2008, n° 3, p. 563.

(40) Sur les référendaires, le travail le plus complet reste celui, déjà ancien, de S. Kenney, « Beyond Principals and Agents. Seeing Courts as Organizations by Comparing Référendaires at the European Court of Justice and Law Clerks at the US Supreme Court », *Comparative Political Studies*, 2000, vol. 33, p. 593. C'est ce que semblait indiquer Hubert Legal, à l'époque juge du tribunal de première instance et ancien référendaire quand il disait sans ménagement que : « une bonne part du pouvoir réel d'élaboration des décisions du Tribunal est entre les mains des référendaires qui sont des collaborateurs des juges et sont de plus en plus jeunes depuis l'élargissement, frais émoulus des collèges européens et sans expérience juridictionnelle, administrative ou diplomatique » : H. Legal, « Le contentieux communautaire de la concurrence », *Concurrences*, *op. cit.*

(41) K. McAuliffe, « Behind the Scenes of the Court of Justice », in B. Davies, F. Nicola (dir.), *EU Law Stories*, *op. cit.*, pp. 35 et s., spec. p. 47.

(42) B. Latour, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La découverte, 2002.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

anodine. La Cour de Luxembourg est en effet traversée par un double mouvement de rationalisation et de centralisation du travail judiciaire. Sans s'arrêter ici sur les causes de ce double mouvement (départ des juges et des référendaires de la génération « Van Gend en Loos », turn-over croissant des juges et des référendaires, vagues d'élargissement, etc.), il faut bien constater que tout a été fait pour maintenir l'acquis jurisprudentiel et l'inscrire dans les routines du travail judiciaire. Sous le chapeau de la centralisation autour de la présidence de la Cour, on placera des éléments anciens comme le fait que la composition des chambres soit proposée par le président lui-même ou bien le rôle central que joue ce dernier dans le choix des juges rapporteurs au cas par cas ; mais aussi des éléments plus récents comme l'institution par le traité de Nice d'une Grande Chambre dans laquelle le président et le vice-président sont les deux seuls membres permanents (les autres étant pris dans un mouvement de rotation continu), ou encore la création en 2012 d'une fonction de vice-président (43). Sous le rapport de la rationalisation, on placera la multiplicité des bases de données, des vademecum, et des procédures mais aussi les différentes figures de professionnels spécialisés (juristes-linguistes, lecteurs d'arrêts). Chargés d'éviter d'éventuels défauts de fabrication dans la chaine de montage judiciaire, ils participent à tout un travail continu de cadrage de l'espace des possibles judiciaires (44). C'est tout ce cortège de personnes et d'instruments, tout ce réseau tissé autour de « la décision judiciaire » qui produit celle-ci. On n'ira pas plus loin ici faute d'éléments empiriques : il manque encore aujourd'hui une véritable ethnographie du travail judiciaire à la Cour qui permettrait d'ouvrir pleinement la boîte noire et de suivre les opérations de codage et de traduction dans les termes de la jurisprudence de la Cour ; mais on peut d'ores et déjà dire que la décision judiciaire s'analyse comme un atelier d'écriture collective du droit qui s'engage dès le dépôt du recours.

(43) Sur tous ces points, on renvoie à M. Cohen, « Judges or Hostages? Sitting at the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights », in B. Davies, F. Nicola (dir.), *EU Law Stories*, *op. cit.*, p. 58.

(44) *Ibid.* L'institution de formations à destination des nouveaux référendaires participe de ces multiples dispositifs conçus pour maintenir l'unité de la Cour en formant les nouveaux entrants à l'usage de la « langue du délibéré », au maniement des bases de données juridiques et jurisprudentielles comme à la connaissance des us et coutumes de la Cour.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

IV. – Vers une analyse processuelle du « rôle politique » de la Cour

Ce parti pris analytique conduit plus loin encore car il amène à prendre au sérieux les différents niveaux de contexte dans lesquels « la Cour » opère. Difficile ainsi de saisir le rôle politique de la Cour sans prendre la mesure du double processus qui constitue la trame sociale du droit judiciaire européen : le mouvement aussi complexe que contingent de transformation des revendications et des plaintes sociales qui ne cessent d'émerger dans le monde social en « affaires judiciaires européennes » d'une part, et celui, symétrique, de transformation des verdicts de la Cour en effets juridiques, politiques et sociaux, d'autre part. Or ce double processus n'a rien de naturel, ni de spontané ; il est d'ailleurs éminément sélectif, toutes les causes et plaintes « potentielles » du droit européen ne trouvant pas, loin s'en faut, à s'exprimer devant la Cour, de même que tous les décisions de celle-ci n'ayant pas les mêmes *effets*, ni la même postérité politique ou juridique. C'est dans tout ce processus sélectif de filtrage des types de causes et des types de justiciables qui se joue en amont comme en avant de la « décision judiciaire » que gît la politique du droit judiciaire européen (45).

Il faut dire que les conditions du recours à la Cour restent aujourd'hui encore très mal connues, soit qu'elles paraissent hors des limites du champ disciplinaire des juristes, soit qu'elles soient tenues pour non-problématiques comme c'est le cas d'une part importante des travaux de science politique, souvent d'inspiration néo-fonctionnaliste ou néo-institutionnaliste. De ce fait, la question a longtemps été placée sous le signe de l'évidence, tenue pour éminément partagée par l'ensemble des « justiciables européens », d'un *intérêt au droit* de l'Union : ce qu'on a qualifié ailleurs de « paradigme des intérêts » et qui a dominé l'approche américaine de la Cour de justice, depuis les travaux de Joseph Weiler jusqu'à ceux d'Alec Stone ou Rachel Cichowski, s'est construit autour de l'idée d'un droit européen qui ouvre de nouvelles opportunités d'action et permet de ce fait des formes d'*empowerment* des acteurs nationaux (individus, entreprises, avocats, juges des juridictions intermédiaires, etc.).

Un ensemble de travaux récents interrogent aujourd'hui cette évidence et renouent ainsi avec certaines enquêtes déjà anciennes sur

(45) On se permet de renvoyer ici à A. Vauchez, « Transnational Communities of Lawyers before International Courts », in K. Alter, C. Romano (dir.), *Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la structure inégale de l'accès des causes et des justiciables à l'arène judiciaire européenne (46). Ils suggèrent l'intérêt qu'il y a à ne plus se contenter de saisir le droit judiciaire européen par ses *success stories* qui semblent conforter la prophétie d'un processus incrémental de judiciarisation tous azimuts ; mais bien plutôt à repartir des cas de non-recours, d'abandon et de raté qui font mieux voir toutes les contingences locales et les déterminations sociales et économiques qui conditionnent le recours à la Cour. Dans un travail fondé sur une cartographie des renvois préjudiciels tribunal par tribunal en France et en Italie, Tommaso Pavone montre bien ainsi l'inégalité *spatiale* qui structure le recours à la Cour et l'importance de l'infrastructure économique mais aussi juridique locale, c'est-à-dire la présence d'avocats et de juges portés à re-traduire les litiges dont ils sont saisis dans les termes du droit de l'Union (47). Cette recherche vient compléter les données statistiques malheureusement déjà anciennes recueillies par Takis Tridimas et Gabriela Gari qui montraient bien l'avantage structurel dont disposent les causes des entreprises et des groupes d'intérêt quant à la probabilité d'être portées devant la Cour : sur un total de 340 recours devant le Tribunal de première instance sur la période 2000-2005, 87 % avaient été soumis par des personnes morales (entreprises ou confédérations patronales pour la plupart), seules 9 % par des individus (30 recours) (48). Enfin, dans une excellente thèse reposant sur l'analyse située et contextuelle d'une quarantaine de renvois préjudiciels issus des Pays-Bas entre 2008 et 2012 (49), Jos Hoevenaars pointe bien tout ce que le travail de traduction d'une plainte en enjeu judiciaire européen peut avoir d'improbable, voire d'irrationnel, pour les plaignants comme pour les avocats, voire pour les magistrats. Introduire un renvois préjudiciel, c'est en effet prendre le risque d'un rallongement de la procédure et c'est introduire

(46) Voy. notamment H. Schepel et E. Blankenburg, « Mobilizing the European Court of Justice », in G. De Burca et J. H. H. Weiler (dir.), *The European Court of Justice*. Oxford, Oxford University Press, p. 9.

(47) T. Pavone, « The Origins of Preliminary References to the European Court of Justice : Legal Pioneers, Judicial Practices, and the Mobilization of Specialized Knowledge », *Paper presented at Luiss*, March 2017.

(48) 50 % des recours déposés devant le Tribunal de première instance par les individus sont déclarés *inadmissibles* contre 30 % pour les personnes morales ; enfin, 10 % des individus réussissent, 35 % des personnes morales ; et sur les deux actions qui ont réussi, l'une a été déposé par un professeur de droit communautaire et l'autre par un ancien MEP dans un conflit qui l'opposait au Parlement européen. T. Tridimas, G. Gari, « Winners and Losers in Luxembourg : A Statistical Analysis of Judicial Review Before the ECJ and the CFI (2001 – 2005) », *European Law Review*, n° 2, 2010, p. 131.

(49) J. Hoevenaars, *A People's Court ? A Bottom-Up Approach to Litigation Before the Court of Justice of the European Union*, Ph. D in law, Université de Radboud Universiteit Nijmegen, 2018.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

un facteur d'incertitude supplémentaire au cœur de procédures judiciaires souvent longues et couteuses pour les individus concernés. Si les avocats semblent bien à l'occasion considérer comme un honneur ou un accomplissement d'aller plaider à Luxembourg, ils y voient eux-mêmes le plus souvent une surcharge de travail d'autant plus importante qu'ils sont rarement spécialisés en droit de l'Union et qu'ils perçoivent de ce fait l'issue d'un tel renvois comme incertain, voire hasardeux (50).

C'est dire le caractère déterminant des organisations et des entrepreneurs du droit de l'Union dans la possibilité de porter un cas devant la Cour pour des contentieux qui touchent aux individus qu'il s'agisse du droit du travail ou du droit d'asile. En prêtant, le plus souvent sur le mode du *pro bono*, leur force de frappe juridique aux individus en question, ces *repeat players* du droit de l'Union sont les acteurs décisifs de l'*enrôlement* des causes et des justiciables dans l'univers judiciaire européen. Faute de la présence « sur le terrain » de cet ensemble d'ONG, d'avocats spécialisés mais aussi de professeurs de droit qui ont un intérêt *de long terme* dans le cours de la jurisprudence européenne, tout indique que les plaintes sociales ont toutes les chances de ne jamais apparaître sur l'écran-radar de la Cour.

Symétriquement, on ne saurait considérer « la décision judiciaire » une fois qu'elle est rendue par la Cour de justice comme une donnée brute s'imposant d'elle-même à l'ensemble des acteurs et des objets de l'Union européenne. Le sens et la portée juridique et politique d'une décision dépendent de tout un travail de relais au sein comme en dehors de la Cour. Cela renvoie bien sûr au travail d'agrégation et de consolidation des arrêts dans *la* « jurisprudence » de la Cour (travail qui doit permettre à tout moment de répondre à la question « que dit la jurisprudence ? » (51)) ; mais cela renvoie aussi aux multiples ramifications politiques, administratives, économiques, académiques *nationales* par lesquelles une décision « prend (ou non) effet » et affecte (ou non) groupes, institutions et politiques. L'enjeu n'est pas mince. L'intrusion de la justice européenne dans des mondes sociaux dont elle était restée jusque là absente ne marque pas simplement un changement du droit ;

(50) En ce sens, on retrouve ici le programme de recherche sur « les formes de vie » du droit européen qui s'intéresse à celui-ci par le bas : *Forms of Life and Legal Integration in Europe* (Folie) : http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/fr/content/le-droit-de-lunion-europeenne-en-tant-que-forme-de-vie.

(51) Sur ce processus, on se permet de renvoyer à A. Vauchez, « EU Law Classics in the Making. Methodological Notes on *Grands Arrêts* at the European Court of Justice », in B. Davies, F. Nicola (dir.), *EU Law Stories. Contextual and Critical Histories of EU Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017. Voir aussi M. Madsen, U. Sadl, « A 'Selfie' from Luxembourg : The Court of Justice and the Fabrication of the Pre-Accession Case-Law Dossiers », *The Columbia Journal of European Law*, 2016.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

elle transforme aussi en retour les termes mêmes dans lesquels s'énonce la légitimité dans ces différents espaces et fait émerger progressivement un nouveau mode/espace de résolutions des conflits. Sans poursuivre ici trop longtemps une exploration de ce double processus de production des *inputs* (transformation des plaintes sociales en stratégies judiciaires européennes) et des *outputs* (transformation des décisions judiciaires en effets juridiques et sociaux), qui reste pour beaucoup à construire, on voit qu'elle permet de mieux comprendre dans sa globalité le rôle politique de la Cour, c'est-à-dire en rapport avec les multiples scènes (internes ou externes) où se joue l'européanisation et la juridicisation des causes et des plaintes.

Cette perspective suppose un redéploiement du regard et un renouvellement de nos méthodes. Après des décennies où la science politique a fait assaut de méthodes quantitatives pour révéler la pente (inter-gouvernementale ou stato-centrée) du droit de l'Union, au point de produire des récits désincarnés et déshistoricisés, on observe aujourd'hui un retour vers les méthodes de « thick description » (52) qui passent par le choix d'un travail de décryptage beaucoup plus méticuleux des « passes du droit ». En prenant d'emblée ses distances avec les téléologies si puissantes qu'a produit le droit de l'Union, cette approche située et contextualisée des affaires judiciaires européennes est très prometteuse : elle permet de voir au concret comment se tissent (ou ne se tissent pas) les fils entre intérêts locaux, acteurs du droit et Cour de justice. En articulant ainsi les niveaux d'existence micro, méso et macro du droit de l'Union, on échappe aux discussions ontologiques sur la Cour (et sa « nature politique ») et on quitte le domaine des définitions substantielles *du* politique (comme étant « la chose » des institutions labellisées comme tel) pour préférer une définition *processuelle* qui permet de prendre la mesure précise de ce que la Cour fait au politique comme de ce que la politique fait à la Cour.

(52) C. Geertz, « Thick description : toward an interpretive theory of culture », in *The Interpretation of Cultures : Selected Essays*, New York, Basic Books 1973, p. 3. En un sens différent, voir néanmoins aussi A. Orford, « In Praise of Description », *Leiden Journal of International Law*, 2012, vol. 25, n° 3, p. 609.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 2.

COMPRENDRE LA « JUSTICE POLITIQUE » AU NIVEAU EUROPÉEN

Yves Poirmeur

Professeur de science politique, Université Versailles Saint-Quentin

La Cour de justice de l'Union européenne rend-elle une justice politique ? Difficilement contestable par les États qui ont librement adhéré à l'Union européenne et donc consenti à se placer sous sa juridiction, la justice européenne est en revanche « plus ou moins acceptée » (1) par leurs ressortissants. Les partis nationalistes, populistes et europhobes ont de longue date contesté son ascension et sa contribution à la production d'un droit supranational de plus en plus dense auquel ils reprochent de priver les États de leur souveraineté. Rejetant l'Union européenne comme une construction anti-démocratique (2), ils voient dans sa Cour de justice un instrument qui, sous couvert de dire le droit, détruit avec une redoutable efficacité la liberté des nations européennes et la dénoncent comme relevant d'une forme de justice illégitime parce que *politique* (3). Confirmant sans grande surprise que caractériser aujourd'hui une justice comme politique, c'est la disqualifier (4), ces discussions proprement politiques sur la nature de la justice européenne, invitent à revenir sur la façon dont la science politique analyse la distinction entre justice et politique et sa

(1) Ph. Moreau Defarges, *Nouvelles relations internationales*, Paris, Seuil, 2017.

(2) Il est reproché à l'Europe son inspiration fédéraliste, de se faire contre les peuples et d'être de moins en moins sociale et de plus en plus libérale. Sur ces critiques : Y. Poirmeur, « Le parti socialiste entre la France et l'Europe », in G. Soulier (dir.), *Sur l'Europe à l'aube des années 80*, Paris, PUF, 1980, pp. 160 et s.

(3) Très présent dans la campagne des partisans du Brexit qui accusaient la justice européenne de ruiner le parlementarisme britannique, cet argument a pesé sur le résultat du referendum qui a décidé la sortie du Royaume-Uni, resté « obnubilé par sa souveraineté », de l'Union européenne. Il est aussi présent dans les négociations sur les modalités de ce départ, sur la question des droits des citoyens européens, l'Union voulant, pour en garantir le respect, que les juridictions britanniques se conforment aux jugements de la CJUE, au moins pendant la période de transition, ce à quoi le gouvernement britannique est très réticent.

(4) W. Mastor parle d' « épouvantail » : « Plaidoyer pour le gouvernement des juges », in S. Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LGDJ, 2016, p. 65.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

construction historique, pour repérer sur quels critères elle repose et déterminer ainsi à leur aune comment se situe la justice européenne dans les formes de justice.

C'est à l'issue d'un long processus de construction et de démocratisation des États, par la mise en place d'une *démocratie législative*, au cours duquel les fonctions politiques et juridictionnelles ont été distinguées et confiées à des organes spécialisés – *séparation des pouvoirs* – dont le recrutement s'est différencié et dont les règles de fonctionnement se sont progressivement éloignées, que les termes de justice et de politique sont devenus antinomiques (5). Ainsi si lorsqu'on entend par « politique » tout ce qui concerne le gouvernement de la société, la justice est *par nature politique*, puisqu'elle contribue à sa régulation, la différenciation, dans les sociétés modernes, des *fonctions de gouvernement* en trois sphères distinctes – les fonctions législatives, les fonctions exécutives et les fonctions judiciaires – et l'attribution, aux fins d'obtenir un gouvernement modéré (6), de ces trois *rôles de gouvernement* (7) à trois institutions distinctes dont les modalités de recrutement, le statut des membres, l'organisation et le règles de fonctionnement ont été nettement différenciés s'est accompagnée de la réservation du label « politique » aux seuls pouvoirs exécutifs et législatif, l'institution judiciaire tirant quant à elle sa légitimité et sa capacité à rendre la justice de sa dépolitisation et de la possibilité d'apparaître, selon le mot de Pierre Bourdieu, comme *un lieu neutre* (8) et à fonctionner comme tel. Dans de très nombreuses démocraties, la différenciation des modalités d'accession aux positions de pouvoir politique – élections disputées

(5) F. Bussy, Y. Poirmeur, *La justice politique en mutation*, Paris, LGDJ, 2010. Si la justice est politique dans le sens général d'institutions de l'État (polis), elle ne l'est plus au sens de lutte pour les positions de pouvoir politique (*politics*) et l'est toujours au sens de régulation de la société (*polity*).

(6) Montesquieu, *L'esprit des lois*. Livre XI, ch. 6, *Œuvres complètes*, II, Gallimard, La Pléiade, 1976, pp. 396 et s.

(7) J. Lagroye, B. François et F. Sawicki, *Sociologie politique*, Paris, Presses de Science Po, Dalloz, 2002, pp. 21 et s.

(8) P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *ARSS*, n° 64, 1986, p. 9 : « La situation judiciaire fonctionne comme lieu neutre, qui opère une véritable neutralisation des enjeux à travers la déréalisation et la distanciation impliquées dans la transformation de l'affrontement direct des intéressés en dialogue entre médiateurs. En tant que tiers indifférents à l'enjeu direct (ce qui ne veut pas dire désintéressés) et préparés à appréhender les réalités brûlantes du présent en se référant à des textes anciens et à des précédents attestés, les agents spécialisés introduisent, sans même le vouloir ni le savoir, une distance neutralisante qui, dans le cas des magistrats au moins, est une sorte d'impératif de fonction et qui est inscrite au plus profond des habitus : les dispositions à la fois ascétiques et aristocratiques qui sont la réalisation incorporée du devoir de réserve sont constamment rappelées et renforcées par le groupe des pairs, toujours prompt à condamner et à censurer ceux qui se compromettraient trop ouvertement avec les affaires d'argent ou les questions de politique ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

et politisées – et aux fonctions judiciaires – possession de compétences juridiques, exercice de professions juridiques, réussite à un concours de recrutement (9) – a durci cette opposition entre justice et politique (10). Dans ces conditions, deux formes de justices politiques et de politisation du rôle du juge, peuvent être distinguées, la seconde correspondant davantage à la perspective adoptée par le présent ouvrage (11).

Sont tout d'abord considérées classiquement comme politiques les justices dans le cours desquelles, d'une manière ou d'une autre, les pouvoirs exécutif ou législatif interviennent et ainsi les *politisent*. C'est souvent le cas des juridictions qui ont à traiter des contentieux intrinsèquement politiques dans lesquels les États et les gouvernants sont impliqués, qu'il s'agisse pour elles de juger des membres du personnel politico-administratif, de se prononcer sur la validité des actes des autorités étatiques, d'apprécier leur responsabilité ou encore de trancher les différends entre États. Deux critères combinés, sont retenus pour caractériser ces juridictions comme étant « politiques » et les dénoncer. Le premier concerne la qualité de la juridiction dont la nature politique se marque par sa composition – présence parmi les juges d'hommes politiques –, par l'intervention d'autorités politiques dans la nomination et la révocation de ses membres, ou encore par un statut qui comporte peu de garanties d'indépendance. Le second touche aux règles procédurales qui donnent aux autorités politiques – exécutives et/ou législatives – des moyens de contrôler l'ouverture des procédures et de peser sur leur déroulement – monopole des saisines et de l'engagement des poursuites, possibilité de les filtrer ou de les bloquer, instruments de retardement – lorsqu'elle peut être saisie par des particuliers ou par des juridictions, à l'existence d'immunités et de règles de fond spéciales exorbitantes du droit commun applicables au traitement des affaires portées devant elle. Le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de la république en sont en France, les figures actuelles. Les juridictions internationales apparues au siècle dernier sur les scènes juridiques mondiales et régionales sont, plus encore que les juridictions nationales, confrontées à cette forme de politisation que leurs membres s'efforcent de maîtriser par un investissement dans la juridicité et par un travail de conformation aux standards de neutralité et de respect des règles du procès

(9) Les États-Unis font exception par l'élection de certains juges…

(10) W. Mastor souligne fort justement que l'observation des systèmes politiques relativise le concept de séparation, « qu'il est faut de dire […] qu'elle est rigide aux États-Unis » et que « le concept de circulation des pouvoirs, même s'il fait peur, correspond bien plus à l'examen de la réalité de la pratique des pouvoirs », *op. cit.*, p. 64.

(11) Voy. L. Clement-Wilz, introduction.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

équitable qui s'imposent aux juridictions ordinaires. L'acceptabilité sociale de cette forme de justice politique va, au fil du temps, en diminuant et, qu'elles soient nationales ou internationales, elles s'éloignent de plus en plus de ces critères. Si l'on peut ainsi observer, sur la longue durée, une tendance à la *dépolitisation de la justice* – à laquelle la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas échappé – résultant d'un plus strict respect de la séparation du pouvoir politique – exécutif et législatif – et du pouvoir judiciaire, l'indépendance de la justice est loin d'être parfaitement assurée et l'histoire montre qu'elle peut connaître de fortes régressions (12) marquées par la résurgence des interventions politiques.

Une seconde forme de justice politique, qui se rapproche de la définition du rôle politique de la Cour donnée dans cet ouvrage, est liée à des phénomènes de *néo-politisation* (13) et tend par ailleurs à se développer. Ce ne sont pas alors les pouvoirs politiques qui la politisent par leurs empiétements dans son champ de compétence, mais les juridictions elles-mêmes qui sortent du leur pour intervenir, en *légiférant* (14), dans des affaires en principe réservées aux pouvoirs exécutif et législatif – la production normative qu'elle soit législative ou réglementaire –, au risque d'être accusées d'instaurer ainsi un *gouvernement des juges* (15). Lorsque le législatif et l'exécutif disposent d'un quasi-monopole de la production normative, les juridictions sont normalement réduites à n'être que la *bouche de la loi* et leur rôle politique demeure par conséquent des

(12) La justice sous Vichy en est une dramatique illustration.

(13) F. Bussy, Y. Poirmeur, *op. cit.*

(14) E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* (1921), Paris, Dalloz, 2005.

(15) Dans une conception large de ce gouvernement des juges, ceux-ci « paraissent capables de s'opposer soit à des hommes politiques, soit seulement à des décisions politiques ». Il y aurait deux variantes de cette forme : dans la première « les juges ont, par nature, le pouvoir de prendre des décisions politiques et il y a toujours nécessairement un gouvernement des juges, parce que toutes les décisions des juges sont nécessairement discrétionnaires » ; « le fondement théorique de cette variante est la théorie réaliste de l'interprétation ». La seconde distingue, sur la base de l'opposition entre légalité et opportunité deux cas : la possibilité pour le juge de « rester dans leur rôle normal et d'exercer seulement leur fonction juridictionnelle et il n'y aurait pas alors de gouvernement des juges » et celui dans lequel « le juge fait plus que contrôler la légalité et exerce un pouvoir discrétionnaire, ou même lorsque le contrôle de légalité implique un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire lorsqu'il y a plus que *one right answer*, il y a alors gouvernement des juges ». Une conception plus étroite réduit l'idée d'un gouvernement des juges à l'hypothèse où ils ont le pouvoir de contrôler la validité de la norme suprême de référence : M. Troper, O. Pfersmann, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 25 et s. Pour certains auteurs il s'agit d'une « question à dissoudre » ou d'une « monstruosité conceptuelle » : D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », Paris, Dalloz, 2002, p. 973 ; O. Pfersmann, « Existe-t-il un concept de gouvernent des juges ? », réponse à M. Troper, in S. Brondel et *alii* (dir.), *op. cit.*, p. 43.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

plus réduits. Lorsqu'au contraire cette production est partagée et qu'elles conservent, comme dans les systèmes juridiques d'inspiration anglo-saxonne, un large pouvoir jurisprudentiel, leur rôle politique est beaucoup plus conséquent, mais comme cette fonction normative s'inscrit dans la *normalité d'une tradition*, elle n'est plus à proprement parler perçue comme étant la marque d'une justice politique, alors que rien n'autorise logiquement à penser qu'une jurisprudence constante est moins politique qu'une jurisprudence novatrice et audacieuse. Inverse de la précédente, cette forme de politisation peut être favorisée par l'absence de droit légiféré dans le domaine considéré, par son caractère lacunaire et insuffisamment systématisé, par sa complexité excessive ou encore par sa texture s'il a recours à des standards juridiques ou à des notions à contenu variable plus ou moins vagues qui offrent aux juges autant d'occasions de faire la preuve de leur inventivité juridique en entrant sur ce terrain politique de la production normative en principe réservée aux représentants élus du peuple. À cet égard, certaines juridictions sont plus spécialement exposées à cette *politisation par la production normative*. Dans l'ordre interne, il en est allé ainsi du Conseil d'État dans sa construction prétorienne du droit administratif (16) et du Conseil constitutionnel dans son invention du droit constitutionnel jurisprudentiel (17). Les juridictions internationales ou régionales sont spécialement sujettes à cette forme de politisation, obligées qu'elles sont d'inventer l'essentiel du droit qu'elles appliquent, ce qui explique d'ailleurs pourquoi les États réticents à se voir imposer des règles auxquelles ils n'ont pas consenti, n'en acceptent la juridiction qu'à la condition de pouvoir compter des ressortissants parmi les juges et d'être en mesure de peser dans le déroulement des procédures, ce qu'ils estiment nécessaire à la sauvegarde de leur souveraineté. À mesure que le corpus des normes prétoriennes ainsi produites se stabilise et que leur application répétée les banalise, les acteurs s'y accoutument (18) et en oublient la nature profondément politique pour n'en plus retenir que la nature juridique. La juridiction perd ainsi, avec la juridicisation et la stabilisation des règles qu'elle applique, son caractère politiquement sulfureux, qui resurgit cependant inéluctablement lors des revirements de jurisprudence (19). Sous cet angle, activisme judiciaire

(16) D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 2015.

(17) B. François, *Naissance d'une constitution. La Cinquième République (1958-1962)*, Paris, Presses de Sciences Po, 1997.

(18) Sur les processus d'accoutumance dans les mécanismes d'institutionnalisation : P. Berger, Th. Luckmann, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens-Klincksieck, 1994.

(19) Sur les problèmes récemment soulevés en matière fiscale par la construction progressive de la jurisprudence de la Cour : CJUE, 27 novembre 2008, *Papillon*, aff. C-418/07,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

et intensité d'une production normative fortement démarquée du droit légiféré ou du référentiel normatif sur lequel celui-ci repose sont les principaux signes auxquels se repère ce genre de *justice néo-politique* (20) particulièrement exposée à la critique de vouloir instaurer un gouvernement des juges et au refus de voir le droit qu'elle construit s'appliquer.

À l'aune de ces deux formes de politisation, la justice européenne est apparue initialement comme une *justice politique par excellence* (21). Comme elle était structurellement politisée par les éminentes fonctions normatives que les traités lui ont confiées, les États ont voulu conserver des prérogatives à son égard qui lui en ont donné les traits. Toutefois celles-ci ont perdu de leur prégnance à mesure que la Cour de justice a affirmé son autonomie et s'est construite, avec l'appui de la doctrine européaniste, comme une juridiction de plus en plus indépendante des acteurs politiques de l'Union et donc sous ce rapport *de moins en moins politique* (I). Interprétant les traités et le droit qui en dérive, elle est par ailleurs parvenue, par son activisme judiciaire et par la créativité de sa jurisprudence, à jouer un *rôle politique* majeur dans l'intégration européenne. Si cette intervention dans la production normative en fait une *justice néo-politique* et l'expose à la critique d'exercer une sorte de *gouvernement des juges* (22) inféodé aux grands intérêts économiques et faisant prévaloir un référentiel sécuritaire (23) qui

---

Rec. p. I-8947 ; CJUE, 2 septembre 2015, *Groupe Steria SCA*, aff. C-386/14, EU:C:2015:524 ; CJUE, 17 mai 2017, *Association française des entreprises privées (AFEP) c/ Ministre des finances et des comptes publics*, aff. C-365/16, EU:C:2017:378 – et son application par le Conseil Constitutionnel : CC, 3 février 2016, déc. n° 215-520 QPC, *Métro Holding* ; CC, 6 octobre 2017, déc. n° 2017-660 QPC, *Société de participation financière* ; voy. M.-C. Lepetit, A. Chouc, J. Gazzano, *Rapport de la Mission d'enquête sur la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés de 3 % sur les revenus distribués (dividendes)*, *Inspection des finances*, novembre 2017.

(20) E. Picard souligne ce point à propos du principe de séparation des pouvoirs : selon lui « le principe d'auto-restriction, le *juridicia self-restraint*, en est un autre. […] De la sorte celui-ci continue à s'imposer, en particulier à tout contrôle juridictionnel, même lorsque la structure de l'ordre juridictionnel considéré, en l'espèce l'ordre supranational, ne distingue pas formellement des pouvoirs ou des organes auxquels pourrait s'appliquer un tel principe de séparation plutôt propre aux ordres juridiques internes. En effet, les juridictions quelles qu'elles soient ne doivent pas tout contrôler : il faut que des objets échappent à leurs compétences ; tout n'est pas juridifiable et tout ne doit pas être justiciable du droit ou justiciable des juges. Il faut que d'autres pouvoirs disposent de zones d'intervention dans lesquelles le juge n'intervient pas. Ou, s'il intervient, il faut qu'il mesure son contrôle », « Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen », in S. Brondel et *alii* (dir.), *op. cit.*, p. 240.

(21) *Ibid.*, E. Picard estime ainsi que « les juges européens sont certainement des juges qui gouvernent », p. 219.

(22) J.-P. Colin, *Le gouvernement des juges des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1966.

(23) Particulièrement visible en matière de lutte contre le terrorisme, où la Cour fait face à des obstacles structurels au contrôle des mesures anti-terroristes affectant les droits fondamentaux et où ce contrôle s'est « matériellement centré sur la protection des droits processuels » : M. Gautier, C. Cerda-Guzman, « La Cour suprême des États-Unis et la Cour de justice de l'Union

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

s'inscrivent dans la logique d'un *darwinisme normatif néo-libéral* (24), c'est seulement en mesurant l'originalité de cette jurisprudence et des formes sous lesquelles se manifestent cette intervention normative (25) qu'il paraît possible, au-delà des dénonciations, d'apprécier l'étendue et la portée du rôle politique qui lui est prêté (II).

I. – Une justice politisée par le souci de sauvegarder les intérêts étatiques

S'inscrivant dans le processus d'intégration de l'humanité (26), de mondialisation du capitalisme et de globalisation des marchés, la création par les États d'institutions régionales ayant vocation à approfondir leurs relations économiques, à en assurer une régulation commune et à bâtir de véritables unions ont par excellence un caractère politique. S'agissant des institutions européennes, les États membres, qui y sont tous représentés, les ont conçues pour conserver un contrôle aussi étroit que possible, même s'il a perdu au fil du temps de son intensité, sur l'exercice des compétences qu'ils leur ont attribuées par une série de transferts de souveraineté. La juridiction dont elles sont assorties n'a pas échappé à ces logiques politiques (B) que les traités successifs ont enregistrées en lui donnant des traits assez baroques (A).

A. – Une justice polymorphe aux fonctions politiquement sensibles

Créée par le Traité de Paris du 18 avril 1951 instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, la Cour de justice (27), est une composante essentielle d'une structure institutionnelle originale

européenne face à la lutte contre le terrorisme », in E. Saulnier-Cassia (dir.), *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 279 et s. Voy. *infra* les contributions de G. Taupiac-Nouvel et de C. Carpentier-Mayer.

(24) A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, pp. 64 et s.

(25) Elle prend des formes diversifiées et paradoxales, qu'on saisit bien aux critiques formulées par la doctrine : il est tout aussi bien reproché à la CJUE comme étant politique, de créer des règles, d'en écarter d'autres, ou d'avoir de certaines d'entre elles une interprétation restrictive ou minimaliste. Son rôle politique se manifeste ainsi dans la définition de règles procédurales d'ouverture des recours, les techniques d'interprétation et de contrôle – contrôle de proportionnalité, contrôle minimum, élimination de certaines considérations, statuer sur l'exception – qu'elle emploie et à travers lesquelles elle effectue, sous couvert d'appliquer le droit, des choix et des arbitrages proprement politiques.

(26) N. Elias, *La société des individus*, Pocket, 1997, pp. 216 et s.

(27) Pour D. Blanc, elle est l'organe d'une « justice polymorphe » : *L'Union européenne. Aspects institutionnels et politiques*, Paris, Ellipses, 2006, p. 139.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

formée de la Haute autorité – organe de décision disposant des principaux pouvoirs – du Conseil spécial des ministres – organe intergouvernemental aux compétences limitées – et d'une Assemblée – organe parlementaire consultatif et disposant du pouvoir de censure de la Haute Autorité (28) –, qui avait pour finalité de réaliser un « marché commun du charbon et de l'acier ». Pour assurer la libre circulation de ces produits, il définissait des règles de concurrence et donnait à la Haute Autorité compétence pour prendre des décisions directement applicables sur le territoire des États membres. Dans ce *fédéralisme fonctionnel*, il revenait à la Cour de justice « d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité et des règlements d'exécution » (art. 32). Plus précisément il lui appartient de « se prononcer sur les recours en annulation » formés par l'un des États membres ou par le Conseil contre les décisions ou les recommandations de la Haute Autorité, ainsi que sur les recours des entreprises contre les décisions et recommandations individuelles qui les concernent ou contre les décisions et recommandations générales « qu'elles estiment entachées de détournement de pouvoir à leur égard » (art. 33). Elle se prononce aussi sur les recours en indemnité pour obtenir la réparation d'un préjudice résultant de l'illégalité d'une décision ou d'une recommandation (art. 34). Les États, le Conseil et les entreprises peuvent également la saisir dans le cas où la Haute autorité s'abstient de prendre une décision ou de formuler une recommandation que lui impose une disposition du traité ou des règlements d'application (art. 35). Les sanctions pécuniaires et les astreintes prononcées par la Haute Autorité peuvent faire l'objet de recours de pleine juridiction (art. 36). Elle a aussi la faculté d'annuler à la requête d'un État membre d'annuler les délibérations de l'Assemblée ou du Conseil (art. 38). Elle est compétente pour connaître de la réparation des préjudices résultant d'une faute de service de la Communauté (art. 40). Enfin, disposition essentielle, « elle est seule compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur la validité des délibérations de la Haute Autorité et du Conseil, dans le cas où un litige porté devant un tribunal national mettrait en cause cette validité » (art. 41). La Cour de justice présente donc dès l'origine, si l'on s'en tient au texte, les traits mélangés « d'une juridiction internationale, d'une juridiction constitutionnelle et d'une juridiction administrative » (29), dont les fonctions sont structurellement politiques, parce qu'elles consistent à juger des actes d'autorités politiques nationales et

(28) Ph. Manin, *L'Union européenne. Institutions-Ordre juridique-Contentieux*, Paris, Pedone, 2005, p. 33.

(29) D. Blanc, *op. cit.*, p. 139.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

européennes directement rattachés aux prérogatives souveraines des États. Dans le cadre communautaire, elle est instituée non seulement pour garantir aux États que les institutions européennes demeurent dans les limites de leurs attributions, mais aussi pour s'assurer que les États membres respectent bien le droit communautaire – donc leurs obligations réciproques – et les modes de résolutions des conflits entre eux qu'il prévoit : ainsi les États-membres s'engagent-ils « à ne pas se prévaloir des traités, conventions ou déclarations existant entre (eux) en vue de soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci » (art. 87) (30). La procédure la plus nettement politique est à cet égard le recours en constatation de manquement instituée initialement par le Traité CECA qui lui confie le soin de constater le manquement d'un État à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du traité (31) (art. 88). Les traités de Rome – CEE et Euratom – qui font de la Cour de justice une institution des trois communautés a étendu ce rôle de régulateur des institutions communautaires à leurs nouveaux champs d'action (32). La Cour apparaît comme l'ultime garant du respect de leurs obligations par les institutions européennes et par les États souverains qui en sont membres. N'étant pas des justiciables ordinaires, ils confèrent son caractère politique à la justice européenne qui est amenée à les juger.

(30) Ainsi « tout différend entre États membres au sujet de l'application du présent Traité, qui n'est pas susceptible d'être réglé par une autre procédure prévue au présent Traité, peut être soumis à la Cour, à la requête de l'un des États parties au différend. La Cour est également compétente pour statuer sur tout différend entre États membres en connexité avec l'objet du présent Traité, si ce différend lui est soumis en vertu d'un compromis » (art. 89).

(31) Si la Haute Autorité estime qu'un État a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent Traité, elle constate ledit manquement par une décision motivée, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Elle impartit à l'État en cause un délai pour pourvoir à l'exécution de son obligation. Un recours de pleine juridiction est ouvert à cet État devant la Cour dans un délai de deux mois à compter de La notification de la décision. Si l'État n'a pas pourvu à l'exécution de son obligation dans le délai fixé par la Haute Autorité ou, en cas de recours, si celui-ci a été rejeté, la Haute Autorité peut, sur avis conforme du Conseil statuant à la majorité des deux tiers : a) suspendre le versement des sommes dont elle serait redevable pour le compte de l'État en question en vertu du présent Traité ; b) prendre ou autoriser les autres États membres à prendre des mesures dérogatoires aux dispositions de l'article 4 en vue de corriger les effets du manquement constaté. Un recours de pleine juridiction est ouvert, dans un délai de deux mois à compter de leur notification, contre les décisions prises en application des alinéas a et b. Si les mesures ci-dessus prévues s'avèrent inopérantes, la Haute Autorité en réfère au Conseil. » Art. 226 à 228 TCE.

(32) Le traité Maastricht (7 février 1992) a réuni les communautés dans l'ensemble formé par l'Union européenne, mais sans étendre la compétence de la Cour à ses domaines d'actions inter gouvernementaux, mais peu à peu elle s'y élargit cependant.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

B. – Les stigmates d'une justice politique

Ayant donc à juger des États, des institutions européennes au sein desquelles ils exercent collectivement les compétences qu'ils ont transférées à l'Union (33), et à leur faire respecter le droit européen, la justice européenne est, du fait de ces fonctions, d'une extrême sensibilité politique. Sa politisation se présente de façon spécifique. Pour consentir à ce que ces différends soient tranchés par cette juridiction non étatique, les États s'efforcent à leur façon d'en obtenir une *dépolitisation organique* et de conserver des prérogatives procédurales protectrices de leurs intérêts (34). Plusieurs marqueurs de la justice politique sont repérables dans la composition de la Cour de justice et dans les mécanismes contentieux européens. C'est son recrutement qui, initialement pris dans des considérations politiques par une « distribution nationale des sièges » (35), en apparaît en premier lieu topique. Il est courant pour neutraliser politiquement les juridictions internationales, qu'un membre de la formation qui a à juger un État soit un de ses ressortissants (36). Bien que la représentation de chaque État membre par l'un de ses ressortissants n'ait pas été prévue initialement par le traité (37), elle s'est imposée dans la pratique. Le traité de Nice a consacré ce principe d'un juge par État membre, ce qui permet de tenir compte de la diversité des systèmes juridiques existant dans l'Union. Leur choix parmi des personnalités « offrant toutes garanties d'indépendance et réunissant les qualités nécessaires pour l'exercice dans leur

(33) Selon E. Picard « dans l'ordre supranational, il manque deux références essentielles qui, dans l'ordre interne permettent de caractériser plus ou moins précisément le gouvernement des juges », « La démocratie législative d'une part et la séparation des pouvoir d'autre part », *op. cit.*, p. 227.

(34) Selon J.-P. Colin, le mode de nomination des juges et le caractère provisoire de leurs fonctions sont des garanties fondamentales pour les États, *op. cit.*

(35) Sur le « contrôle indirect des gouvernements sur la Cour » et « l'encastrement des nominations dans un processus de négociation permanente concernant en particulier l'attribution des quatre présidences des institutions supranationales des Communautés européennes », A. Cohen, « Dix personnages majestueux en longue robe amarante. La formation de la Cour de justice des Communautés européennes », *RFSP*, n° 2, 2010, p. 233.

(36) H. Legal note que nombre d'entre eux sont des « anciens agents des gouvernements » et ne devraient donc pas en vertu du critère des apparences en être membres, « Composition et fonctionnement des cours », *Pouvoirs*, n° 96, 2001, p. 77.

(37) « La Cour est formée de sept juges nommés d'un commun accord pour six ans par les gouvernements des États membres parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance et de compétence. Un renouvellement partiel aura lieu tous les trois ans. Il portera alternativement sur trois membres et sur quatre membres. Les trois membres dont la désignation est sujette à renouvellement à la fin de la première période de trois ans seront désignés par le sort. Les juges sortants peuvent être nommés de nouveau. Le nombre de juges peut être augmenté par le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Cour. Les juges désignent parmi eux, pour trois ans, le président de la Cour » (art. 32 Traité CECA).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pays respectif (38) « des plus hautes fonctions juridictionnelles » et leur nomination d'un commun accord par les gouvernements, c'est-à-dire selon une procédure inter-gouvernementale, ménagent les susceptibilités étatiques (39).

Sur le plan procédural, le recours en manquement présente aussi des spécificités à coloration politique – refus de la Commission d'engager une action en manquement insusceptible de faire l'objet d'un recours en carence (40), mélange d'action de type international et de type communautaire dans la procédure de manquement à l'initiative d'un État membre (41), qui n'est pas tenu dans le contenu de sa requête par les termes de l'avis motivé de la Commission (42). La Commission (43) a un pouvoir discrétionnaire pour saisir ou non la Cour à l'issue du délai imparti à l'État pour faire cesser le manquement, permettant de n'effectuer la saisine que dans les cas les plus graves (44). Quant à la charge de la preuve, elle incombe au demandeur. Les États invoquent très souvent les risques de troubles sociaux pour justifier leur manquement et la non adoption des mesures nécessaires pour le faire cesser, ce que la Cour peut dans certains cas admettre en les considérant comme constitutifs

(38) A. Cohen montre que ces exigences n'ont pas toujours été respectées et que « les premières nominations se révélèrent parfois assez éloignées de l'univers, sinon du droit, au moins de la fonction juridictionnelle », art. cit.

(39) Ph. Manin note que « les États supporteraient mal d'être privés de la présence d'un juge qui, au surplus, apporte la connaissance du droit de l'État qui l'a désigné », *op. cit.*, p. 388. Il observe que cette procédure a été critiquée parce que les États pouvaient se fonder sur des critères politiques, p. 389.

(40) TPICE, 22 mai 1996, *AITEC*, aff. T-277/94, *Rec.* p. II-351.

(41) Art. 259 TFUE (ex 227 CE) : « Chacun des États membres peut saisir la Cour de justice s'il estime qu'un autre État membre a manqué à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité. Avant qu'un État membre n'introduise, contre un autre État membre, un recours fondé sur une prétendue violation des obligations qui lui incombent en vertu du traité, il doit en saisir la Commission. La Commission émet un avis motivé après que les États intéressés ont été mis en mesure de présenter contradictoirement leurs observations écrites ou orales. Si la Commission n'a pas émis l'avis dans un délai de trois mois à compter de la demande, l'absence d'avis ne fait pas obstacle à la saisine de la Cour de justice ». Dans ce cas, la Commission « agit à la manière d'un juge d'instruction », Ph. Manin, *op. cit.*, p. 408.

(42) Art. 258 TFUE, ex 226 CE.

(43) Elle s'est longtemps refusée à engager une procédure lorsque le manquement était imputable à un organe constitutionnellement indépendant (CJCE, 5 mai 1970, *Commission c/ Belgique*, aff. 77/69, *Rec.* p. 244), et notamment dans le cas de refus par une juridiction de saisir la Cour par voie de recours préjudiciel. L'Italie a ainsi été considérée en situation de manquement pour ne pas avoir modifié une loi qui permettait aux juridictions de fournir une interprétation non conforme au droit communautaire (CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-129/00, *Rec.* p. I-14637). Le refus injustifié d'une juridiction nationale intervenant en dernier recours de saisir la CJCE d'une question préjudicielle peut être une violation du droit communautaire (CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-224/01, *Rec.* p. I-10239).

(44) Le caractère discrétionnaire du pouvoir de la Commission a été contesté, notamment par le Parlement européen qui estimait que les recours devaient être systématiques : résolution du 9 février 1983, *JOCE*, C 68, 14 mars 1963.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'une force majeure (45). Enfin, les arrêts (46) ne sont pas toujours exécutés (47). En effet, ils ont un caractère déclaratoire et n'emportent pas l'annulation des dispositions contraires au droit européen (48). Ayant l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'État, il revient, notamment à ses juridictions, de l'appliquer. Le traité de Lisbonne a amélioré le mécanisme en prévoyant que, si le manquement consiste dans le défaut de transposition d'une directive et que les mesures de transpositions n'ont pas été communiquées par l'État, la Cour peut assortir l'arrêt de manquement d'une sanction pécuniaire (49). En cas de résistance, une nouvelle procédure peut être engagée par la Commission (50), à l'issue de laquelle la Cour peut prononcer le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte (51). Dans le domaine préjudiciel, essentiel à l'application uniforme du droit européen, les États se sont aussi efforcés de préserver l'autonomie de leurs juridictions, dont certaines ont fait la preuve de leur nationalisme juridique en évitant, aussi longtemps qu'elles l'ont pu, de lui renvoyer pour interprétation les actes qu'elles jugeaient abusivement être clairs, pour échapper à sa primauté normative (52). La Cour avait prudemment (53) limité l'étendue de l'obligation

(45) CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c/ France*, aff. C-265/95, *Rec.* p. I-6959. Inapplicable au non-respect par la France du principe de libre circulation des transporteurs de fruits espagnols exposés depuis plusieurs années à des agressions et des manifestations.

(46) Art. 258 TFUE (ex 225 CE) : « Si la Cour de justice reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice ».

(47) E. Lambert-Abdelgawad, « L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme) », *AFDI*, vol. 52, 2006, p. 677.

(48) CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet*, aff. 6/60, *Rec.* p. 1125.

(49) Art. 260-3 TFUE.

(50) Art. 260-2 TFUE : « Si la Commission estime l'État membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour, elle peut saisir la Cour, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Elle indique le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'État membre concerné qu'elle estime adapté aux circonstances ».

(51) Dans l'affaire des « Merluchons », la France a été finalement condamnée à 57,77 millions d'euros, CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.* p. I-6263 ; Trib. UE, 19 octobre 2011, *République française c/ Commission européenne*, aff. T-139/06, *Rec.* p. II-7315 ; dans l'affaire de la mauvaise gestion des déchets persistante dans la région de Campanie, la CJUE a condamné récemment l'Italie à payer une somme forfaitaire de 20 millions d'euros et une astreinte journalière de 120 000 €, CJUE, 7 septembre 2015, *Commission c/ Italie*, aff. C-653/13, EU:C:2015:478.

(52) Affirmée par la Cour et assise sur la primauté et l'applicabilité directe du droit communautaire dont les juridictions nationales peuvent prendre ombrage : CJCE, 3 février 1977, *Benedetti*, aff. 52/76, *Rec.* p. 163.

(53) Du point de vue des « conceptions habituelles du gouvernement des juges », il faut déterminer si du point de vue du droit interne, il y a ou non prévalence du droit européen : l'autonomie des juridictions nationales est sous cet angle essentiel pour appréhender le rôle politique de la Cour de Luxembourg. E. PICARD, *op. cit.*, p. 224. Le gouvernement des juges au niveau européen s'apprécie sous l'angle de ce que la Cour impose ou non aux autorités

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de renvoi des juridictions supérieures lorsque la question soulevée a « déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue » (54), tout en « encourageant les personnes privées (à en) saisir les juridictions nationales » (55).

II. – Une justice politique par sa fonction normative

Ce sont moins les prérogatives que conservent les États dans son organisation et dans sa mise en œuvre que son intervention dans la production normative qui confèrent à la justice européenne un caractère politique. En effet, un ensemble de raisons bien identifiées par la doctrine (56), ont permis à la Cour, de jouer un rôle politique majeur dans les dynamiques d'intégration européenne en promouvant *l'État de droit européen* (57). Le récit néo-fonctionnaliste de sa contribution reconstitué par A. Vauchez, est ponctuée « par une série de coups de force jurisprudentiels » par lesquels elle a « construit les cadres conceptuels (effet direct, primauté du droit communautaire) et procéduraux (recours préjudiciel des tribunaux nationaux (devant elle) d'un véritable fédéralisme juridique » (58). Ce récit souligne cependant qu'elle n'a pu jouer ce rôle que parce que sa jurisprudence a fourni à une série d'acteurs « entreprises multinationales, groupes d'intérêts transnationaux et institutions communautaires » – des « opportunités institutionnelles » (59) dont ils se sont saisis pour faire avancer leurs intérêts – et parce que les juridictions nationales se sont progressivement ralliées « aux grands

« politiques » européennes, dans l'exercice de leur pouvoir décisionnel, c'est-à-dire au Conseil, à la Commission et au Parlement européen.

(54) CJCE, 23 mars 1963, *Da Costa en Schaake*, aff. jtes 28/62 et 30/62, *Rec.* p. 79 : « si l'article 177 oblige les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, à soumettre toute question d'interprétation soulevée devant elles, l'autorité de l'interprétation donnée par celle-ci en vertu de l'article 177 (article 234 CE) peut cependant priver cette obligation de sa cause et la vider de son contenu. Qu'il en est notamment ainsi quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudicielle dans une espèce analogue, mais que l'article 177 permet toujours à une juridiction nationale, si elle le juge opportun de déférer à nouveau à la Cour des questions d'interprétation ».

(55) R. Dehousse, « Naissance d'un constitutionnalisme transnational », *Pouvoirs*, n° 96, 2001, p. 29.

(56) Notamment le caractère lacunaire des traités : J. Boulouis, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in J. Boulouis, *Recueil d'études*, La mémoire du droit, 1999, p. 100.

(57) F. Chaltiel, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, Paris, LGDJ, 2000, p. 288.

(58) A. Vauchez, *L'union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013, p. 21.

(59) *Ibid.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

principes » qu'elle posait. Quoi qu'il en soit de cette « implacable mécanique itérative associant groupes d'intérêt, entreprises multinationales institutions communautaires, États et CJCE dans un cercle vertueux de juridicisation dont personne n'est véritablement l'auteur, mais auquel chacun contribue à sa manière » (60), cette production normative éminemment politique imputée à la Cour, allant jusqu'à réaliser parfois « une révision judiciaire du traité » (61) et dénoncée comme constituant « putsch juridique » (62), s'est accompagnée d'un travail de *neutralisation politique* à laquelle la doctrine contribue largement (A). Celui-ci ne désarme naturellement pas les critiques qui voient sa jurisprudence comme une simple mise en droit du référentiel politique de l'ordo-libéralisme qui défait les États et fait prévaloir l'économique sur le social (B).

A. – Le travail de neutralisation d'une jurisprudence politique

L'impressionnante succession des innovations juridiques par lesquelles la Cour de justice a renforcé la soumission des États au droit communautaire, « exercé une influence puissante sur le développement du droit communautaire » (63), et développé l'État de droit européen peut aisément apparaître, comme J.-P. Colin l'avait relevé dans les premier temps de la construction européenne, comme la marque de l'instauration progressive d'un *gouvernement des juges* dont il nuançait cependant le pouvoir en soulignant leur prudence dans l'interprétation des traités (64), mais qui s'est ensuite affirmé. En effet, comme le montre É. Picard, la Cour ne se contente pas de déterminer le sens de la norme qu'elle applique, mais « détermine la norme elle-même » (65), et impose aux États des obligations aux États non prévues par les traités (66). Leur simple énoncé, qui prend presque la forme d'une épopée suffit à

(60) A. Vauchez, *op. cit.*, p. 21.

(61) J. P. Jacqué, « Note sous CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste Les Verts* », *RTDE*, 1986, p. 491.

(62) A. Prater, *Quelle Europe ?* Julliard, 1991, p. 33 ; certains parlent de « coup d'État judiciaire » à propos du rôle des juges européens : voy. la discussion d'E. Picard et G. Timsit qui évoquent à propos des principes généraux du droit, le premier précisant qu'il s'agit d'« un heureux coup d'État », in S. Blondel *et alii* (dir.), *op. cit.*, p. 245.

(63) P. Reuter, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit », *Mélanges offerts à H. ROLIN*, *Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 278-279.

(64) J.-P. Colin, *op. cit.*

(65) *Ibid.*, p. 220. Il donne comme exemple la construction de la notion et du régime des services d'intérêt général « sur la base du seul § 2 de l'article 90 du traité CEE, qui pendant longtemps avait été un peu oublié ou méconnu ».

(66) Par exemple « l'assimilation des directives aux règlements européens que cependant l'article 189 du Traité CEE distingue nettement », *ibid.*, p. 223.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

s'en convaincre. Assurant le « respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité », ces missions l'ont conduit, en premier lieu, à consacrer des règles fondatrices de l'État de droit européen. Sans qu'on puisse être ici exhaustif, on peut retenir l'effet direct du droit communautaire (67), sa primauté (68) étendue peu à peu à toutes les normes nationales (69) et l'extension du recours en annulation aux actes du Parlement européen « destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers » (70) dont la charge politique a d'autant plus été soulignée (71), qu'elle en profitait pour ériger le traité en « charte constitutionnelle » de la Communauté économique européenne (72).

Dépassant la simple consécration de règles ou de principes institutionnels, c'est naturellement la reconnaissance d'un vaste ensemble de *principes généraux du droit communautaire* et la « création de toute pièce de (la notion) des droits fondamentaux » (73) qui attestent le mieux de sa créativité juridique (74), dont bon nombre se rattachent aux logiques économiques de libre concurrence (75), de libre circulation et de non-discrimination qui sous-tendent les traités (76), tandis que d'autres caractérisent plutôt le fonctionnement du système

(67) CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 1. « La Communauté consiste dans un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États souverains ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains ». Si ce principe « se trouve mentionné dans le Préambule », elle en a, selon E. Picard « démultiplié la portée en ce qu'elle en a fait une norme suréminente, alors que celle-ci demeure indéterminée dans son contenu », *op. cit.*, p. 220.

(68) CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141 : sur le travail de constitutionnalisation des traités largement interprétés : R. Dehousse, *op. cit.*, p. 22.

(69) CJCE, 17 décembre 1970, *International Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1135

(70) CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste les verts*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339. Voy. notamment : J. P. Jacqué, « Note sous CJCE, 23 avril 1986, *Parti Écologiste les Verts* », *RTDE*, 1986.

(71) Analysée comme « révision judiciaire du traité : J.-P. Jacqué, note citée.

(72) « La Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la Charte constitutionnelle de base qu'est le traité ».

(73) E. Picard, *op. cit.*, p. 220.

(74) P. Reuter, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit », *Mélanges H. ROLIN*, Paris, Pedone, 1964, pp 263 et s. ; D. Simon, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, p. 73.

(75) On notera à cet égard l'abandon de la préférence communautaire comme principe général : CJCE, 14 juillet 1994, *Grèce c/ Conseil*, aff. C-353/92, *Rec.* p. I-3411 ; CJCE, 14 juillet 1994, *Grèce c/ Commission*, aff. C-385/92, *Rec.* p. I-3507. La Cour a indiqué plus récemment qu' « il est constant que la « préférence communautaire » est une des considérations à caractère politique sur lesquelles les institutions communautaires se sont fondées lors de l'adoption des régimes d'échanges avec les pays tiers ». Toutefois « comme (elle) l'a déjà précisé, cette préférence ne constitue aucunement une exigence légale qui pourrait entraîner l'invalidité de l'acte en cause » : CJCE, 10 mars 2005, *Royaume d'Espagne c/ Conseil*, aff. C-342/03, *Rec.* p. I-1975.

(76) Non-discrimination fondée sur le sexe (CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne*, aff. 149/77, *Rec.* p. 1365), la nationalité (CJCE, 14 juillet 1981, *Oebel*, aff. 155/80, *Rec.* p. 1993) ; principe de proportionnalité (CJCE, 18 mars 1980, *Valsabbia*, aff. 154/78, *Rec.* p. 907).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

juridique, comme le principe de sécurité juridique et ses nombreuses déclinaisons. Plusieurs stratégies argumentatives sont utilisées pour neutraliser, autant que faire se peut, la charge politique cette riche production normative. Pour minimiser ce rôle créateur et justifier le droit de la Cour à intervenir dans la fabrique du droit européen, ont été construites des méthodes d'interprétation des traités – méthode téléologique (77), théorie des compétences implicites, principe de l'effet utile, technique du contrôle de la proportionnalité laissant une marge d'appréciation à l'auteur de l'acte… – reposant sur des indices et des objectifs qui permettent de rattacher la jurisprudence à un droit sous-jacent aux traités, dont les États qui s'y voient soumis « ne soupçonnaient peut être même pas l'existence » (78). D'autres arguments complémentaires peuvent s'ajouter à ces démonstrations de neutralité, comme le constat, après une révision des traités ayant consacré une règle jurisprudentielle, que la Cour n'avait fait que la dégager d'un ordre juridique ou d'une chaîne de droit dans laquelle elle était en germe et qu'ils s'auto contraignent à respecter (79), ou l'observation, s'agissant notamment des principes reconnaissant des droits fondamentaux, qu'elle ne fait que reprendre ou s'inspirer de ceux en vigueur dans les États membres (80). Pour échapper au soupçon de rendre une justice politique, elle ajuste en tout état de cause sa créativité juridique à « la structuration normative de l'ordre juridique créé par le traité » et au « développement de la fonction juridictionnelle elle-même » (81). Quoi que vaillent ces arguments – qui peuvent sans doute être convaincants pour des juristes mais sont dépourvus de sens et de valeur pour des profanes en matière juridiques –, et quelle que soit leur aptitude à démontrer que la Cour demeure bien dans son rôle judiciaire, n'empiète ni sur les compétences normatives des États ni sur celles des autres institutions de l'Union et ne fait qu'exprimer *l'esprit des traités européens*, la

(77) P. Pescatore, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice. Contribution à l'étude de l'interprétation téléologique des traités internationaux », *Mélanges W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH*, t. 2, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1972, pp. 325 et s.

(78) F. Chaltiel, *op. cit.*, p. 289.

(79) La théorie des contraintes est spécialement évoquée pour le juge constitutionnel mais parfaitement transposable à tous les autres : G. Tusseau, « Le gouvernement (contraint) des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », *Droits*, n° 55, 2012, pp. 41-83 ; O. Jouanjan, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, n° 54, 2012.

(80) P. Pescatore, « Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC*, 1980, pp. 337 et s.

(81) D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, p. 496.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

justice européenne se voit de plus en plus vigoureusement reprocher, depuis une vingtaine d'années – notamment avec la non-activation du principe « politique » de préférence communautaire (82) –, d'être l'instrument de la diffusion d'un ordre politique libéral dont les principes qu'elle fait prévaloir seraient devenus la charpente.

B. – Une justice politisée par son référentiel ordo-libéral ?

Après la chute du mur de Berlin, l'Union européenne élargie se serait pleinement convertie au libéralisme et la Cour de justice serait devenue le principal agent de propagation de ce modèle. Pour A. Supiot, ayant abandonné « l'objectif communautaire de l'égalisation dans le progrès », elle « s'emploie à éliminer tous les obstacles dans cette course au moins-disant social » (83) qui s'est engagée à l'échelle mondiale, dont il trouve la manifestation dans une série d'arrêts – notamment les arrêts *Viking* (84) *et Laval* (85) – où tout en rangeant le droit de grève parmi les principes généraux du droit communautaire, « elle interdit de s'en servir pour obliger les entreprises d'un pays A qui opère dans un pays B » à respecter l'intégralité des lois et conventions collectives de ce pays B. Son analyse de cette jurisprudence conclut que sauf « raison impérieuse d'intérêt général », les syndicats ne doivent rien faire qui serait « susceptible de rendre moins attrayant, voire plus difficile », le recours aux délocalisations ou aux pavillons de complaisance » (86). Plus largement, la Cour de justice subordonnerait peu à peu « les libertés collectives des salariés aux libertés économiques des entreprises », poussant « un peu plus l'Europe sur une pente dangereuse » (87), où les droits sociaux fondamentaux sont « relativisés par les considérations de marché », les impératifs de sécurité et d'étroite surveillance des individus (88). Elle se conformerait ainsi insidieusement à la doctrine ordo-libérale (89) qui, restituant un rôle positif à

(82) Pour des critiques de ce défaut d'activation : M. Bonnet et *alii*, *Le capitalisme socialement responsable existe*, Éditions EMS, 2016 ; L. Houng Ngoc, *Un insoumis devrait dire çà…*, Paris, Cerf, 2017.

(83) A. Supiot, *op. cit.*, p. 71.

(84) CJCE, 6 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, *Rec.* p. I-779.

(85) CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, *Rec.* p. I-11767.

(86) A. Supiot, *op. cit.*, p. 72.

(87) *Ibid.*, p. 73.

(88) Pour une analyse des positions de M. Foucault sur l'ordo-libéralisme : J.-Y. Grenier, A. Orléan, « Michel Foucault, l'économie politique et le libéralisme », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2007, n° 5, pp. 1155 et s.

(89) Sur cette forme spécifique de libéralisme qui confie à l'État le soin de mettre en place un ordre social nécessaire au marché et de socialiser les individus pour les adapter aux exigences

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'État (90), préconise d'instituer une société « plus conforme au modèle formel de l'ordre concurrentiel » en intervenant pour qu'elle s'adapte aux exigences de « l'économie de marché » (91). Étant un élément d'une longue chaîne de production normative dans laquelle interagissent de nombreux acteurs, il est difficile de mesurer la part qui revient en propre à la justice européenne dans ces transformations du droit européen (92) et dans la consécration juridique des logiques de la gouvernementalité. Reste que dans ce contexte idéologique renouvelé et marqué par l'intensité du *stress démocratique* lié au terrorisme (93) et du *stress économique* lié à la gravité de la crise financière, où les réajustements des équilibres juridiques entre l'économique et le social réalisés par la Cour de justice sont essentiels, son rôle régulateur, les conditions dans lesquelles elle le joue, sous la forte influence des lobbies et des groupes d'intérêts économiques (94), l'expose, quoi qu'elle fasse pour s'en défendre en s'abritant derrière ses méthodes d'interprétation et l'affirmation de la juridicité du droit européen, à être dénoncée comme une justice politique garantissant mal les libertés et les droits fondamentaux et à être rejetée au même titre que les autres institutions européennes par des citoyens mécontents, comme l'ont fait malencontreusement les partisans du Brexit qui avaient fait d'elle une cible de choix.

---

de l'ordre concurrentiel : M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Gallimard, 2004, p. 223.

(90) Y. Poirmeur, « Théories de la concurrence et conceptions de l'État », *Curentul Juridic*, vol. 63, 2015, pp. 20-45.

(91) F. Riem, « Les droits sociaux fondamentaux dans le « contrat social » européen », in F. Collart Dutilleul, F. Riem, *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, Institut Universitaire Varenne, LGDJ, 2013, p. 37.

(92) Une telle analyse laisse entière la question de savoir si la Cour n'est pas le simple agent d'une structure qu'elle fait seulement advenir à la réalité juridique.

(93) A. Garapon, M. Rosenfeld, *Démocraties sous stress. Les défis du terrorisme global*, Paris, PUF, 2016.

(94) Sur l'orchestration du procès Ryanair et le travail des lobbies pour faire consacrer leurs intérêts par le droit européen : O. Beddeleem, « La médiatisation des procès à des fins d'influence et de lobbying », in. V. De Beaufort et A. Masson (dir.), *Lobbying et procès orchestrés*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 105 et 106.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Comprendre la « justice politique » au niveau européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 3.

LES CONFLITS DE BASE JURIDIQUE

Gaëlle Marti

Professeure de droit public, Université Lyon 3

« Le choix de la base juridique appropriée revêt une importance de nature constitutionnelle », ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne l'a jugé à plusieurs reprises (1), montrant par là-même l'importance fondamentale de ce qu'il est convenu d'appeler le contentieux de la base juridique (2).

La base juridique peut être définie comme la disposition des traités institutifs (3) conférant à l'Union européenne et à ses institutions la compétence d'agir dans un domaine considéré. Cette exigence, qui conditionne la légalité des actes législatifs (4) et des accords internationaux conclus par l'Union européenne (5), est intrinsèquement liée au

(1) CJCE, 6 décembre 2001, *Protocole de Carthagène*, avis 2/00, *Rec.* p. I-9713 ; CJUE, 1er octobre 2009, *Commission c/ Conseil*, aff. C-370/07, *Rec.* p. I-8917 ; CJUE, 30 novembre 2009, *Accord général sur le commerce des services (GATS)*, avis 1/08, *Rec.* p. I-11129 ; CJUE, 26 juillet 2017, *Projet d'accord entre le Canada et l'Union européenne sur le transfert et le traitement de données des dossiers passagers*, avis 1/15, EU:C:2017:592.

(2) Sur la question du contentieux de la base juridique, voy. notamment : M. Blanquet, « Compétences de l'Union. Architecture générale. Délimitation », *J.-Cl. Europe traité*, fasc. 170 ; Th. Ronse, *Les compétences de l'Union européenne*, Commentaire Mégret, Bruxelles, éditions de l'ULB, 3e édition, 2017 ; A. Wachsmann, « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », *Europe*, 1993, chron. 1 ; J.-P. Jacqué, « Article I-12, Catégories de compétences », in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade, F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, *Parties I et IV*, *« Architecture constitutionnelle »*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 191 et s. ; Ch. Kohler, J.-Cl. Engel, « Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe*, 2007, étude 1 ; M. Klamert : « Conflicts of legal basis : no legality and no basis but a bright future under the Lisbon Treaty ? », *E. L. Rev.*, 2010, p. 497 ; K. St Cl. Bradley, « Powers and procedures in the EU constitution : legal bases and the court », in P. Craig, Gr. De Burca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford, OUP, 2e éd., 2011, pp. 85-105 ; F. Le Bot, « Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes », in *L'identité du droit de l'Union européenne*, *Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 677-691.

(3) Il ne sera ici question que des bases juridiques de droit primaire, la question des bases juridiques « dérivées » n'étant pas traitée en tant que telle dans cette étude.

(4) Voy. par ex. CJUE, 1er octobre 2009, *Commission c/ Conseil*, aff. C-370/07, *Rec.* p. I-8917.

(5) *Cf.* CJUE, avis 1/15 du 26 juillet 2017, *Projet d'accord entre le Canada et l'Union européenne sur le transfert et le traitement de données des dossiers passagers*, EU:C:2017:592.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

principe des compétences d'attribution qui fonde l'Union européenne. Elle participe donc à la nature même de l'Union européenne, en tant qu'ordre juridique fondé sur des transferts de compétence librement consentis de la part des États, titulaires de la « compétence de la compétence » à travers leur qualité de « Maîtres des traités ».

Mais la base juridique n'a pas seulement un impact sur la répartition *verticale* des compétences entre l'Union européenne et ses États membres. Dans la mesure où les dispositions des traités prévoient, pour chaque domaine de compétence donné, non seulement la nature (exclusive, d'appui ou partagée) de la compétence mais aussi le type d'acte pouvant être adopté et la procédure décisionnelle à mettre en œuvre, la base juridique a également une influence sur les prérogatives des institutions de l'Union européenne c'est-à-dire sur la répartition *horizontale* des pouvoirs au sein de l'Union.

Témoigne de cette dimension *constitutionnelle* l'importance des arrêts posant des questions de base juridique, celle-ci pouvant être mesurée à leur nombre mais également à l'intérêt que leur portent les institutions et les États membres, qui prennent souvent la peine d'intervenir dans de tels litiges. Il en va d'autant plus ainsi que les dispositions des traités institutifs sont assez laconiques en la matière, l'article 2 paragraphe 6, TFUE se limitant à prévoir que « l'étendue et les modalités d'exercice des compétences de l'Union sont déterminées par les dispositions des traités relatives à chaque domaine », rendant le recours à l'interprétation quasiment incontournable.

La Cour est ainsi fréquemment saisie de recours soulevant la question, soit de l'étendue d'une base juridique donnée c'est-à-dire de sa capacité à fonder l'acte de droit dérivé contesté, soit de la frontière entre plusieurs bases juridiques envisageables. Les premiers sont le plus souvent l'œuvre d'États membres contestant, par la voie d'un recours direct devant la Cour de Luxembourg, la validité d'un acte de droit dérivé à l'adoption duquel ils n'ont pas réussi à s'opposer au sein du Conseil (6). Ils peuvent également être le fait de particuliers contestant la validité de tels actes à l'occasion d'un recours introduit devant le juge national et dont la Cour a eu connaissance à l'occasion d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité (7). Les seconds opposent le plus souvent les institutions entre elles dans le cadre du recours en annulation.

(6) Voy. en ce sens, à titre d'illustration, CJUE, 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c/ Parlement et Conseil*, aff. C-270/12, EU:C:2014:18.

(7) Voy. à titre d'illustration CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec.* p. I-11453.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Ces deux configurations contentieuses sont intéressantes dans l'optique d'interroger l'existence d'un « rôle politique » de la Cour de justice de l'Union européenne (8), le qualificatif « politique » étant ici entendu comme faisant référence à des choix idéologique opéré entre une pluralité d'options relatives à l'organisation de la vie en société (9).

En effet, les problèmes juridiques mettant en cause *l'étendue* de la base juridique choisie conditionnent *l'existence* même de la compétence de l'Union européenne et par conséquent l'ampleur du transfert de compétences consenti par les États. Autrement dit, par l'interprétation qu'elle donne de l'extensivité d'une base juridique donnée, la Cour est amenée, indirectement mais nécessairement, à se prononcer sur le curseur entre centralisation et décentralisation, question inhérente à toute construction d'essence fédérale. Toutefois, la présente étude portant sur le *choix* de la base juridique, seuls seront étudiés les litiges dans lesquels *s'opposent* des bases juridiques relevant de compétences de nature distincte (compétences exclusives vs. compétences partagées ou compétences « intergouvernementales » vs. compétences « communautaires »).

Comme dans les affaires portant sur *l'existence* de la base juridique, ce qui est en jeu dans les conflits relatifs au *choix* de la base juridique est l'étendue de la compétence résiduaire des Etats, ou encore la portée de leurs obligations et donc, en filigrane, l'équilibre entre unification et désintégration (10). Mais les conflits entre bases juridiques peuvent aussi avoir une incidence interne à l'Union européenne, le choix entre plusieurs bases juridiques ayant des conséquences sur le choix du domaine, sur les conditions de mise en œuvre de telle ou telle politique, des limites éventuelles à l'action de l'Union européenne

(8) Sur la question du rôle politique de la Cour de justice, voir notamment K. Alter, *The European Court's political power*, Oxford, Oxford University Press, 2009 ; A.-M. Burley et W. Mattli, « Europe before the Court : A Political Theory of Legal Integration », *International Organization*, 47 (1), 1993, pp. 41-76 ; W. Mattli et A.-M. Slaughter, « Law and Politics in the European Union », *International Organization*, 49 (1), 1998, pp. 183-190 et des mêmes auteurs, « Revisiting the European Court of Justice », *International Organization*, 52 (1), pp. 177-209. Plus largement, sur le rôle politique des juridictions, voir G. Grandjean et J. Wildermeersch (Dir.), *Les juges : décideurs politiques ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016. Voy. également B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, Paris, LGDJ, 2015.

(9) Voy. sur cette question la contribution de L. Clément-Wilz dans le présent ouvrage.

(10) Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général N. Fennely sur CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c/ Parlement européen et Conseil*, aff. C-376/98, *Rec.* p. I-8419, spéc. pt 4 : « Il incombe à la Cour, en tant que dépositaire de la confiance des institutions communautaires, des États membres et des citoyens de l'Union, de s'acquitter de cette fonction difficile de maintien de la séparation constitutionnelle des pouvoirs respectifs de la Communauté et des États membres, sur la base de critères objectifs ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dans ce domaine, et surtout de la détermination des institutions décisionnaires (11). Là encore, les arrêts de la Cour participent d'un pouvoir politique car derrière cette dernière question, c'est l'équilibre institutionnel – avatar européen de la séparation des pouvoirs – qui est en jeu et, en filigrane, l'importance respective des légitimités que les institutions sont censées incarner. Dans toutes ces affaires, la Cour de Luxembourg assume un rôle similaire à celui d'une véritable Cour constitutionnelle (12), et les arrêts qu'elle a rendus en la matière ont indéniablement participé à la constitutionnalisation de l'Union européenne (13).

En apparence toutefois, la question de la détermination de la base juridique n'est pas résolue par la Cour de justice par un raisonnement politique mettant en balance des choix de nature idéologique, soit quant à l'équilibre devant exister entre les sphères de compétence respectives des Etats membres et de l'Union, soit quant aux prérogatives des institutions devant être privilégiées.

La grille d'analyse que le juge européen utilise afin de trancher les conflits de base juridique est en effet inchangée depuis l'arrêt de 1987, dit *Système des préférences tarifaires généralisées* (14), et tend à faire découler la base juridique de l'examen objectif du contenu et de la finalité de l'acte considéré. Elle a été précisée dans l'arrêt de 1991, dit *Dioxyde de titane* (15) qui pose le principe selon lequel l'acte doit être fondé sur une seule base juridique, à savoir celle exigée par la finalité ou

(11) Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro sur CJCE, 6 mai 2008, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-133/06, *Rec.* p. I-3189, spéc. pt 32 : « parce qu'il affecte l'équilibre institutionnel que la Cour attache tant d'importance au choix de la base juridique. C'est lui qui, en effet, commande la procédure décisionnelle applicable. De lui dépendent donc notamment l'institution communautaire compétente, les règles de votation auxquelles l'adoption de l'acte par le Conseil est soumise, la portée de la participation du Parlement à l'adoption de l'acte ».

(12) *Cf.* P. Pescatore, « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle » in *Dix ans de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Carl Heymanns verlag KG, 1965, pp. 519-566 ; H. Gaudin, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *RAE-LEA*, 2000, p. 209 ; O. Due, « A constitutional court for the European Communities » in *Constitutional adjudication in European Community and national law*, *Mélanges O'Higgins*, London, Butterworths, 1992, pp. 3-10 ; Fr. G. Jacobs, « Is the Court of Justice of the European Communities a constitutionnal Court ? », in *Constitutional adjudication in European Community and national law*, *Mélanges O'Higgins*, London, Butterworths, 1992, pp. 25-32 ; L. Azoulai, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008, pp. 29-45.

(13) Voy. notamment en ce sens H. Gaudin, « La "fonction constituante" de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 25-52. Voy. également à ce sujet J. Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997 ; D. Blanchard, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Rennes, Éditions Apogée, 2001.

(14) CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, aff. 45/86, *Rec.* p. 1493.

(15) CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/ Conseil*, aff. C-300/89, *Rec.* p. I-2867.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

composante prépondérante de l'acte (16), le cumul de bases juridiques n'étant possible qu'en cas d'indissociabilité des objectifs et/ou des composantes de l'acte (17), et à la condition que les procédures prévues par ces bases juridiques ne soient pas incompatibles (18).

À l'inverse, la Cour a jugé à de nombreuses reprises que « le choix de la base juridique d'un acte ne peut pas dépendre seulement de la conviction d'une institution quant au but poursuivi, mais doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel » (19). Plus précisément, « les règles relatives à la formation de la volonté des institutions communautaires sont établies par le traité et […] ne sont à la disposition ni des Etats membres ni des institutions elles-mêmes » (20), de sorte qu'« une simple pratique du Conseil n'est pas susceptible de déroger à des règles du traité et ne peut pas, par conséquent, créer un précédent liant les institutions de la Communauté quant à la base juridique correcte » (21).

L'utilisation de tels instruments d'analyse, en apparence objectifs, peut faire douter de l'exercice, par la Cour, d'un pouvoir *politique*. Mais l'examen attentif des arrêts rendus en la matière invite toutefois à une autre conclusion. En effet, il semble que l'immense majorité de ces arrêts ait eu pour conséquence d'infléchir l'équilibre entre les compétences et les pouvoirs au sein de l'Union européenne dans un sens, disons-le d'emblée, plutôt favorable à l'intégration. Une telle conclusion quant à l'impact pratique de ces arrêts interroge inévitablement l'apparente neutralité de la grille de lecture utilisée par la Cour.

Ce double constat (d'une incidence des arrêts relatifs aux conflits de base juridique sur l'intégration, et d'une instrumentalisation des critères juridiques à cette fin) constitue le présupposé que la présente recherche a pour but de vérifier. La question de savoir si l'exercice de ce pouvoir politique résulte d'un véritable « agenda politique »

(16) Voy. CJCE, 30 janvier 2001, *Espagne c/ Conseil*, aff. C-36/98, *Rec.* p. I-779, pt 59 ; CJCE, 11 septembre 2003, *Commission c/ Conseil*, aff. C-211/01, *Rec.* p. I-8913, pt 39 ; CJCE, 29 avril 2004, *Commission c/ Conseil*, aff. C-338/01, *Rec.* p. I-4829.

(17) CJCE, 19 septembre 2002, *Huber*, aff. C-336/00, *Rec.* p. I-7699, pt 31 ; CJCE, 12 décembre 2002, *Commission c/ Conseil*, aff. C-281/01, *Rec.* p. I-12049, pt 35.

(18) CJCE, 25 février 1999, *Parlement c/ Conseil*, aff. Jtes C-164/97 et C-165/97, *Rec.* p. I-1139, pt 14 ; CJCE, 29 avril 2004, *Commission c/ Conseil*, aff. C-338/01, *Rec.* p. I-4829, pt 57.

(19) CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, aff. 45/86, préc., pt 11 ; CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/ Conseil*, aff. C-300/89, préc., pt 10.

(20) CJCE, 23 février 1988, *Royaume-Uni et Irlande c/ Conseil*, aff. 68/86, *Rec.* p. 855, spéc. pt 38.

(21) *Ibid.*, pt 24.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de cette institution ou si ce pouvoir politique n'est que la résultante, mécanique et involontaire, de sa jurisprudence, n'est pas traitée en tant que telle. La confidentialité qui entoure le travail des juges empêche en effet d'avoir accès à de telles informations, qui ne peuvent dès lors que faire l'objet de suppositions.

La présente contribution vise ainsi à prendre la mesure de l'impact politique des arrêts de la Cour en matière de base juridique, en recensant les techniques juridiques utilisées par la Cour pour traiter ces questions et en appréciant leur incidence sur la répartition des pouvoirs et des compétences au sein de l'Union européenne. Pour cela, il a été procédé à un dépouillement systématique des arrêts de la Cour des quinze dernières années dans lesquels une question de base juridique était soulevée. Pour chacun d'entre eux, il a fallu se demander quel était l'enjeu, institutionnel ou structurel, sous-jacent au problème juridique soumis à la Cour, identifier le raisonnement déroulé par cette juridiction ainsi que son incidence sur la répartition horizontale et/ou verticale des pouvoirs dans l'Union européenne.

Cette recherche a en grande partie confirmé l'intuition initiale qui a fourni le point de départ de cette recherche, à savoir que la jurisprudence de la Cour de justice relative au choix de la base juridique participe au renforcement de l'intégration européenne, et ce, dans ses deux dimensions verticales et horizontales (I.). Cette tendance lourde ne doit toutefois pas masquer des évolutions en cours, dont la jurisprudence laisse entre-apercevoir quelques indices, et qui viennent quelque peu tempérer le rôle traditionnellement intégrateur de la Cour de justice (II.).

I. – Une tendance lourde : la contribution de la jurisprudence relative aux conflits de base juridique à l'approfondissement de l'intégration

La contribution de la jurisprudence de la Cour au renforcement de l'intégration est présente dans les deux dimensions, verticale et horizontale, de la répartition des compétences. Plus précisément, la jurisprudence de la Cour en la matière se traduit par la prévalence accordée aux bases juridiques favorisant les compétences de l'Union européenne et, parmi celles-ci, les compétences les plus intégrées, ce mouvement favorisant l'effet centralisateur de la jurisprudence de la Cour (A.) d'une part, et, d'autre part, aux bases juridiques renforçant les pouvoirs des

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

institutions supranationales – censées être plus favorables à l'intégration – et notamment ceux du Parlement européen (B.).

A. – L'effet centralisateur de la jurisprudence de la Cour

Dans les arrêts mettant en cause une pluralité de bases juridiques envisageables pour l'adoption de l'acte litigieux, la Cour a tendance à opter pour la base juridique relevant des compétences les plus intégrées. C'est ainsi que pendant longtemps, la Cour a eu tendance à privilégier les politiques les plus anciennes, réputées plus intégrées et permettant de ce fait un encadrement plus important des compétences étatiques (22).

Ainsi, dans les litiges opposant des compétences de nature distincte, la Cour montre une prédilection en faveur des bases juridiques prévoyant la compétence exclusive de l'Union européenne, l'intérêt de cette catégorie de compétences étant la marge de manœuvre singulièrement réduite des États membres en la matière, et, s'agissant des accords externes, l'habilitation de l'Union européenne à conclure seule de tels accords (23).

Surtout, dans le contentieux dit « interpiliers », la Cour a eu tendance, de manière quasi systématique, à privilégier la base juridique relevant du pilier « communautaire » au détriment des piliers dits « intergouvernementaux », ceci afin de privilégier la « méthode communautaire » supposée œuvrer en faveur de l'intégration du fait de l'intervention d'institutions supranationales dans le processus de décision, de l'effet attaché aux actes qui en découlent (primauté et effet direct notamment) et de la compétence de la Cour de justice pour en connaître.

C'est ainsi que, dans les affaires de 2005 (24) et 2007 (25) relatives à la compétence pénale de la Communauté européenne, elle a considéré que les actes litigieux, qui obligent les États à mettre en place

(22) *Cf.* CJCE, 23 février 1988, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. 131/86, *Rec.* p. 905, (affaire dite des « poules pondeuses », dans laquelle la Cour privilégie la base juridique « politique agricole commune »). Voy. aussi CJCE, 23 février 1988, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. 68/86. Dans d'autres arrêts, la Cour a privilégié la base juridique « politique commerciale commune » : CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, aff. 45/86 ; CJCE, 29 mars 1990, *Grèce c/ Conseil*, aff. 62/88.

(23) CJUE, 22 octobre 2013, *Commission c/ Conseil*, aff. C-137/12 : la Cour a annulé la décision de conclusion de la Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel pour erreur quant à la base juridique, le Conseil ayant fondé cette décision sur l'article 114 TFUE en lieux et place de l'article 207, § 4, TFUE relatif à la politique commerciale commune.

(24) CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C-176/03, *Rec.* p. I-7879.

(25) CJCE, 23 octobre 2007, *Commission c/ Conseil*, aff. C-440/05, *Rec.* p. I-9097.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

un système de sanctions pénales en cas d'infraction grave aux règles environnementales, n'auraient pas dû être adoptés sur le fondement du troisième pilier, mais sur la base juridique prévoyant la compétence de la Communauté européenne en matière de protection de l'environnement. Elle en a jugé ainsi alors même que la législation pénale, tout comme les règles de procédure pénale, ne relèvent pas de la compétence de la Communauté, au motif que « le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, peut imposer aux États membres l'obligation d'instaurer de telles sanctions pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte dans ce domaine » (26).

De même dans l'affaire dite des « *Armes légères et de petit calibre* » (27) la Cour a censuré l'utilisation d'une base juridique relevant du deuxième pilier pour fonder une décision du Conseil visant à mettre en œuvre une action commune PESC afin de contribuer au moratoire sur les armes légères et de petit calibre adopté dans le cadre de la CEDEAO. Dans cet arrêt, elle a suggéré que la décision en question soit fondée sur la base juridique « politique de coopération au développement », au motif que cette politique ne se limitait pas aux « mesures visant directement la lutte contre la pauvreté » (28) mais incluait « non seulement le développement économique et social durable de ces pays, leur insertion harmonieuse et progressive dans l'économie mondiale ainsi que la lutte contre la pauvreté, mais également le développement et la consolidation de la démocratie et de l'État de droit ainsi que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tout en respectant les engagements pris dans le cadre des Nations unies et des autres organisations internationales » (29).

Ce qui est intéressant de noter est que, dans ces affaires de contentieux interpiliers, la Cour s'est écartée de la grille de lecture qu'elle avait elle-même forgée dans l'affaire « *Dioxyde de titane* ». Tout d'abord, au prix d'une interprétation très extensive des compétences communautaires (en matière environnementale dans les affaires « compétence pénale de la CE », en matière de coopération au développement dans

(26) CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, préc., pt 48 et CJCE, 23 octobre 2007, *Commission c/ Conseil*, préc., pt 66.

(27) CJCE, 20 mai 2008, *Commission c/ Conseil*, aff. C-91/05, *Rec.* p. I-3605 ; *RTDE*, 2009, p. 573, note I. Bosse-Platière.

(28) *Ibid.*, pt 67.

(29) *Ibid.*, pt 65.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'affaire des « armes légères »), elle a fort opportunément conclu à l'impossibilité de déceler le centre de gravité principal de l'acte. Puis, au lieu de conclure à la nécessité de fonder l'acte sur une double base juridique, elle a utilisé l'article 47 TUE afin de trancher en faveur de l'utilisation de la base juridique communautaire. Pour mémoire, cet article, inséré dans le traité de Maastricht, prévoyait qu'« aucune disposition du traité UE n'affecte les traités instituant les Communautés européennes ni les traités et actes subséquents qui les ont modifiés ou complétés ». La Cour en a déduit, tout d'abord, que cela signifiait que des dispositions ne sauraient être adoptées sur le fondement du 2e ou du 3e pilier (titre V ou VI TUE) dès lors qu'elles « auraient pu […] être adoptées sur le fondement » du pilier communautaire (30), une telle lecture ayant nécessairement pour effet de favoriser le pilier communautaire. Puis elle est allée encore plus loin en interprétant, dans l'affaire dite des « *armes légères* », l'article 47 TUE à la lueur des articles 2, cinquième tiret, UE et 3, premier alinéa, UE, qui consacrent parmi les objectifs de l'Union européenne le but de « maintenir et développer l'acquis communautaire ». Il en découle la prévalence quasi-« automatique » (31) du pilier communautaire sur les piliers intergouvernementaux.

Cette interprétation finalisée et intégratrice de l'article 47 TUE a permis de valider l'utilisation de l'article 95 CE pour l'adoption de la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données (32), alors que l'Irlande considérait que l'objectif principal de ladite directive était de faciliter la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales, y compris en matière de terrorisme, ce qui impliquait qu'elle devait être fondée sur le titre VI du traité UE, en particulier les articles 30, 31, paragraphe 1, sous c), et 34, paragraphe 2, sous b), de celui-ci. La Cour a en effet jugé, avant même de confronter le choix de la base juridique au contenu et à l'objectif de la directive litigieuse, qu'« il incomb[ait] à la Cour de veiller à ce que les actes dont une partie prétend qu'ils relèvent du titre VI du traité UE et qui, par leur nature, sont susceptibles de produire des effets juridiques n'empiètent pas sur les compétences que les dispositions du traité CE attribuent à la Communauté » (33) pour en déduire que

(30) Voy. arrêts précités du 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, pt 40, et du 23 octobre 2007, *Commission c/ Conseil*, pt 54.

(31) Voy. en ce sens E. Neframi, « Le contentieux de la base juridique sous l'angle de l'article 47 du traité sur l'UE », in *L'union européenne : Union de droit, union de droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 901 et s., spéc. p. 903.

(32) CJCE, 10 février 2009, *Irlande c/ Parlement et Conseil*, aff. C-301/06, *Rec.* p. I-593.

(33) *Ibid.*, pt 77.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« pour autant que la modification de la directive 2002/58 opérée par la directive 2006/24 relève des compétences communautaires, celle-ci ne pouvait être fondée sur une disposition du traité UE sans violer l'article 47 de celui-ci » (34).

Il convient ici de noter que la disparition des piliers depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne n'a pas tari le contentieux que nous avons qualifié d'inter-piliers, dès lors que la PESC reste en grande partie régie par des dispositions spécifiques, relevant de la méthode intergouvernementale par opposition à la méthode communautaire. De même, en dépit de la communautarisation de l'ex-3e pilier, les domaines relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) restent marqués par des spécificités fortes, qui peuvent expliquer la tendance de la Cour de justice à leur préférer des bases juridiques relevant de l'ancien premier pilier.

C'est ainsi que dans l'arrêt du 6 mai 2014, *Commission c/ Parlement et Conseil* (35), la Cour a jugé, contre l'avis de l'avocat général, que la directive 2011/82/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, *facilitant l'échange transfrontalier d'informations concernant les infractions en matière de sécurité routière* (36), devait être fondée, non sur l'article 87, paragraphe 2, TFUE qui permet l'échange d'informations entre les autorités répressives, mais sur l'article 91, paragraphe 1, sous c), TFUE (mesures permettant d'améliorer la sécurité des transports). En dépit de la « communautarisation » de l'ancien troisième pilier, l'affaire mettait en jeu des questions de répartition *verticale* des compétences, dès lors que le titre V de la troisième partie du TFUE, relatif à l'ELSJ se caractérise toujours par certaines particularités, telles que, en particulier, le protocole relatif à la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'ELSJ (n° 21) et celui relatif à la position du Danemark (n° 22). Ces particularités peuvent expliquer le choix de la Cour en faveur de la base juridique « transport », faite au prix d'une lecture systémique et téléologique des dispositions des traités en matière d'ELSJ, alors que l'avocat général avait quant à lui approuvé le choix de la base juridique « coopération policière ». La même raison, tenant au jeu des protocoles 21 et 22, explique la solution adoptée par la Cour dans l'arrêt relatif à la conclusion de l'accord ACP

(34) *Ibid.*, pt 78.
(35) CJCE, 6 mai 2014, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff. C-43/12, EU:C:2014:298.
(36) *JOUE*, n° L 288, 5 novembre 2011, p. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

avec les Philippines (37) ou encore dans l'arrêt relatif à l'accord CE/ Suisse relatif à la libre circulation des personnes (38).

À travers les arrêts mettant en cause le choix entre plusieurs bases juridiques fondant des compétences de nature distincte de l'Union européenne, la jurisprudence a indubitablement favorisé le cercle des compétences de l'Union européenne et, en leur sein, les compétences les plus intégrées (c'est-à-dire, selon les cas, soit les compétences communautaires au détriment des compétences relevant des piliers intergouvernementaux, soit les compétences exclusives au détriment des compétences partagées). La Cour a ici clairement fait un choix entre différentes options possibles et qui auraient pu également être fondées en droit, dès lors que les actions de l'UE présentent souvent des aspects touchant à plusieurs domaines, et que les bases juridiques relevant de domaines distincts présentent parfois des objectifs similaires (39). Par un tel choix en faveur des bases juridiques les plus intégrées, la Cour peut ainsi être considérée comme ayant un rôle politique dans la détermination de l'équilibre, inhérent à toute construction d'essence fédérale, entre centralisation et décentralisation, le curseur étant clairement placé en faveur de l'unification.

L'autre tendance de fond que l'on peut percevoir dans la jurisprudence de la Cour en matière de choix de la base juridique va également dans le sens d'un renforcement de l'intégration, mais dans sa dimension horizontale cette fois, la jurisprudence de la Cour ayant eu pour incidence de favoriser là aussi les bases juridiques les plus intégrées, notamment celles aboutissant à renforcer les pouvoirs du Parlement européen.

(37) CJCE, 11 juin 2014, *Commission c/ Conseil*, aff. C-377/12, EU:C:2014:1903.

(38) CJUE, 27 février 2014, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-656/11, EU:C:2014:97. Dans cette affaire le Royaume-Uni contestait l'adoption, par le Conseil, d'une décision prise dans le cadre de l'accord CE/Suisse et visant à modifier le régime de la coordination des systèmes de sécurité sociale afin d'y inclure les personnes économiquement inactives. Le Royaume-Uni contestait la base juridique retenue par le Conseil – en l'espèce l'art. 48 TFUE – relatif à la libre circulation des ressortissants européens – au motif que cette base juridique, contrairement à l'article 79, § 2, sous b) TFUE – relatif à la libre circulation des ressortissants d'Etats tiers dans l'UE – le privait du droit de ne pas prendre part à l'adoption de ladite décision et de ne pas être liés par elle (*cf.* protocole n° 21). La Cour ne lui a pas donné raison, alors même que l'utilisation de l'article 79, § 2, sous b) TFUE pouvait sembler pertinente, l'acte litigieux visant à étendre les règles de coordination des systèmes de sécurité sociale aux ressortissants suisses, économiquement inactifs, résidant sur le territoire de l'Union, et non à « faciliter la liberté de circulation des ressortissants des États membres dans le marché intérieur » (art. 48 TFUE).

(39) On peut ainsi prendre l'exemple de la protection de l'environnement, dont les objectifs paraissent proches de ceux relatifs à la protection de la santé publique, et qui visent tous deux l'objectif de parvenir à un « niveau de protection élevé ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

B. – L'impact de la jurisprudence de la Cour sur le renforcement des pouvoirs du Parlement européen

L'analyse de la jurisprudence en matière de conflit de bases juridiques montre que la Cour a tendance à favoriser les bases juridiques prévoyant, soit les modalités de vote les plus intégrées au Conseil (40), soit l'association la plus importante du Parlement au processus législatif (41) ou à la procédure de conclusion des accords internationaux (42). Ce sont les arrêts relatifs aux pouvoirs du Parlement européen qui sont les plus emblématiques de l'incidence politique des arrêts de la Cour, dès lors que cette institution a mis en œuvre une véritable stratégie contentieuse visant à contester l'utilisation de bases juridiques minorant sa participation au processus décisionnel, sur le fondement de la légitimité démocratique que cette institution représente. La Cour lui a emboîté le pas, ce qui s'est traduit par une instrumentalisation des conflits relatifs à la base juridique en direction de l'accroissement des pouvoirs du Parlement européen.

Ce qu'il est intéressant de noter est l'adaptation subséquente de la grille d'analyse définie dans l'arrêt *« Dioxyde de titane »*, afin

(40) Voy. par ex. CJCE, 11 septembre 2003, *Commission c/ Conseil*, aff. C-211/01, préc., qui censure l'adoption de l'accord CE/Bulgarie sur le fondement conjoint des articles 71 et 93 CE au motif que cette double base juridique impliquait que le Conseil statue à l'unanimité alors que la seule utilisation de l'article 71 CE impliquait un vote à la majorité qualifiée. Voy. aussi CJCE, 23 février 1988, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. 68/86, préc., dans lequel la Cour a jugé que des directives pouvaient être valablement adoptées sur la base du seul article 43 CEE (politique agricole commune actuel article 37 TFUE) avec vote à la majorité et non conjointement sur les articles 43 et 100 CEE, contrairement à la pratique antérieurement suivie.

(41) Voy. en ce sens CJCE, 1er décembre 2015, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-124/13, EU:C:2015:790 : la Cour annule le règlement (UE) n° 1243/2012 établissant un plan à long terme pour les stocks de cabillaud, dès lors que le Conseil l'avait fondé sur l'article 43, § 3, TFUE (qui prévoit que le Conseil statue seul), alors qu'il aurait dû être fondé sur l'article 43, § 2, TFUE qui prévoit l'intervention de la procédure législative ordinaire. Voy. également CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/ Conseil*, aff. C-300/89, *Rec.* p. I-2867 : la Cour a annulé une directive fondée sur l'article 130 S CEE (environnement, actuel art. 192 TFUE) qui prévoyait l'unanimité et la consultation du Parlement, en considérant qu'elle aurait dû être fondée sur l'article 100 A TCE (actuel article 114 TFUE), qui se référait à la majorité qualifiée et à la procédure de coopération, le cumul des bases juridiques étant de « nature à vider la procédure de coopération de sa substance même ».

(42) Voy. en ce sens CJCE, 26 novembre 2014, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-103/12, EU:C:2014:2400 : la Cour dans cette affaire a annulé la décision 2012/19/UE du Conseil, du 16 décembre 2011, relative à l'approbation, au nom de l'Union européenne, de la déclaration relative à l'attribution de possibilités de pêche au Venezuela, dès lors que la décision avait été fondée sur l'article 43, § 3, TFUE en liaison avec l'article 218, § 6, sous b), TFUE (prévoyant la consultation du Parlement) alors qu'elle aurait dû être fondée sur l'article 43, § 2, TFUE, en liaison avec l'article 218, § 6, sous a), TFUE (conférant au Parlement un pouvoir d'approbation de la décision de conclusion).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de justifier l'option en faveur de la base juridique conférant le plus de pouvoirs au Parlement européen.

En premier lieu, la théorie du centre de gravité de l'acte, déterminée par l'analyse de sa finalité et de son contenu, est susceptible d'appréciations divergentes, de sorte que le raisonnement de la Cour en la matière peut apparaître comme une justification rétrospective de la solution adoptée au vu de ses conséquences institutionnelles et/ou décisionnelles. On peut en voir un exemple particulièrement emblématique dans l'affaire dans laquelle était en cause la validité de la directive de 2011 *relative à l'échange d'informations en matière d'infractions routières* (43). L'avocat général, appréciant la finalité et le contenu de la directive, avait opté pour la base juridique relevant de l'ELSJ, au motif qu'« un tel acte s'inscrit pleinement dans l'action de l'Union visant à la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice » qui vise, notamment à « donner aux citoyens un sentiment commun de justice dans toute l'Union » (44). Or, selon le considérant 6 de la directive, « c'est précisément au sentiment d'injustice qui peut naître de l'impunité dont bénéficient les conducteurs de véhicules immatriculés dans un État membre autre que l'État membre de l'infraction que la directive entend remédier » (45), de sorte que l'aspect « ELSJ » primait sur l'amélioration de la sécurité des transports. À l'inverse, la Cour s'est appuyée sur les « Dispositions générales » figurant au chapitre 1 du titre V de la troisième partie du TFUE et, notamment, sur l'article 67 TFUE, qui prévoit, à son paragraphe 2, que l'Union « assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures » et, à son paragraphe 3, qu'elle « œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci, par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales » pour en déduire que la directive litigieuse ne s'inscrivait pas dans le champ de l'ELSJ et ne pouvait donc pas avoir pour base juridique l'article 87, paragraphe 2, TFUE.

(43) CJUE, 6 mai 2014, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff. C-43/12, EU:C:2014:298 et *JOUE* L 288/1, 5 novembre 2011.

(44) Conclusions de l'avocat général présentées le 10 septembre 2013 sur CJUE, 6 mai 2014, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff. C-43/12, EU:C:2013:534, pt 35.

(45) *Ibid.*, pt 35.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

S'agissant en deuxième lieu de la 2e étape de la grille d'analyse « *Dioxyde de titane* », qui vise à interroger la possibilité de fonder l'acte sur une multiplicité de bases juridiques, elle fait également l'objet d'une instrumentalisation en faveur des pouvoirs du Parlement européen. En particulier, le test de l'incompatibilité des procédures, qui est censé empêcher le recours à une double base juridique, s'est progressivement transformé en un vecteur de renforcement des pouvoirs de cette assemblée.

Pour mémoire, dans l'arrêt dit « *Dioxyde de titane* », le cumul de bases juridiques avait été exclu au motif qu'il serait « de nature à vider la procédure de coopération de sa substance même » (46), dont l'objet est de « renforcer la participation du Parlement européen au processus législatif de la Communauté » (47). Les arrêts postérieurs à l'arrêt dit « *Dioxyde de titane* » se cantonnent à vérifier que le recours à une double base juridique ne porte pas atteinte aux pouvoirs du Parlement européen, de sorte que l'on a assisté progressivement à une double distorsion de la grille de lecture forgée par la jurisprudence. La première distorsion réside dans le critère d'incompatibilité des procédures, qui est progressivement devenu un critère de non-atteinte aux pouvoirs du Parlement européen, cette condition apparaissant parfois expressément dans les motifs des arrêts (48). La seconde distorsion consiste en une inversion du raisonnement, la Cour étant parfois conduite à vérifier, *en premier lieu*, que les pouvoirs du Parlement européen ne sont pas

(46) CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/ Conseil*, aff. C-300-89, préc., pt 18. Pour mémoire, dans cette affaire, le Conseil avait fondé la directive litigieuse sur l'ex-article 130 S, qui relève de la politique environnementale et prévoit que le Conseil décide en la matière à l'unanimité après simple consultation du PE. La Commission, soutenue par le Parlement européen, considérait toutefois que la base juridique correcte était l'article 100 A du traité, qui permet d'harmoniser les législations nationales, le Conseil décidant à la majorité qualifiée dans le cadre de la procédure de coopération avec le Parlement européen. Bien que, selon la Cour, les objectifs et les composantes de l'acte soient indissociables, la directive visant tant la protection de l'environnement qu'au fonctionnement du marché intérieur, elle a exclu le cumul de bases juridiques au motif que cela aurait pour conséquence de vider la procédure de coopération de sa substance même. En effet, selon la Cour, « dans la procédure de coopération, le Conseil statue à la majorité qualifiée lorsqu'il entend accueillir les amendements à sa position commune, formulés par le Parlement européen et repris par la Commission dans sa proposition réexaminée, alors qu'il doit obtenir l'unanimité lorsqu'il entend statuer après le rejet de la position commune par le Parlement ou lorsqu'il entend modifier la proposition réexaminée de la Commission. Cet élément essentiel de la procédure de coopération serait compromis si, du fait de la référence simultanée aux articles 100 A et 130 S, le Conseil était, en tout état de cause, tenu de voter à l'unanimité » (pt 19).

(47) *Ibid.*, pt 20.

(48) Voy. par ex. CJCE, 10 janvier 2006, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff. C-178/03, *Rec.* p. I-10737, pt 57 : « le recours à une double base juridique est exclu lorsque les procédures prévues pour l'une et l'autre de ces bases sont incompatibles et/ou lorsque le cumul de bases juridiques est de nature à porter atteinte aux droits du Parlement ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

amputés avant de conclure au cumul possible de bases juridiques, la Cour se dispensant par là même de rechercher le centre de gravité de l'acte.

C'est particulièrement le cas dans l'arrêt relatif à la garantie communautaire accordée à la Banque européenne d'investissement (49). Alors que le Conseil avait fondé l'adoption de la décision litigieuse (50) sur le seul article 181 A CE (coopération avec les pays tiers, cette base juridique prévoyant que le Conseil décide à la majorité qualifiée après consultation du Parlement européen), le Parlement européen considérait qu'elle aurait dû être fondée également sur l'article 179 CE (coopération au développement, prévoyant le recours à la procédure de codécision). Dans cet arrêt la Cour a relevé qu'il n'y avait pas d'incompatibilité entre les deux procédures, au motif que « le recours à une double base juridique consistant en les articles 179 CE et 181 A CE ne serait pas de nature à porter atteinte aux droits du Parlement [dès lors que] le recours à l'article 179 CE impliquerait une participation plus importante du Parlement dans la mesure où il prévoit l'adoption de l'acte selon la procédure dite de codécision » (51). Elle en a déduit que « dans les circonstances spécifiques de l'espèce, caractérisées notamment par la relation de complémentarité existant entre les titres XX et XXI du traité ainsi que par l'articulation quasi interdépendante des articles 179 CE et 181 A CE, les procédures prévues respectivement à ces deux articles ne sauraient être qualifiées d'incompatibles. En conséquence, force est de conclure que la décision attaquée aurait dû être fondée, à titre exceptionnel, sur la double base juridique des articles 179 CE et 181 A CE » (52).

Ce biais dans le raisonnement juridique a été poussé à son paroxysme, la Cour acceptant le recours à une double base juridique, même prévoyant des procédures distinctes, à condition que la procédure maximisant les pouvoirs du Parlement européen s'applique, de sorte que la condition d'incompatibilité des procédures a laissé la place à une condition de recours à la procédure décisionnelle la plus lourde. On peut ainsi mentionner à titre d'exemple l'arrêt relatif à la demande d'annulation du règlement n° 304/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, *concernant les exportations et importations de*

(49) CJCE, 6 novembre 2008, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-155/07, *Rec.* p. I-8103.

(50) Décision 2006/1016/CE du Conseil, du 19 décembre 2006, accordant une garantie communautaire à la Banque européenne d'investissement en cas de pertes résultant de prêts et de garanties de prêts en faveur de projets en dehors de la Communauté.

(51) CJCE, 6 novembre 2008, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-155/07, préc., spéc. pt 79.

(52) *Ibid.*, pts 83 et 84.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

produits chimiques dangereux (53). La Cour a jugé que le règlement, initialement fondé sur le seul article 175, paragraphe 1, CE (politique de protection de la santé humaine et de l'environnement), aurait dû être fondé également sur l'article 133 CE (politique commerciale commune) au vu de sa finalité et de son contenu, qui relèvent de manière indissociable de ces deux politiques. S'agissant de l'argument tiré de l'incompatibilité des procédures, il a été balayé par la Cour au motif que « le recours conjoint aux articles 133 CE et 175, paragraphe 1, CE n'est pas davantage de nature à porter atteinte aux droits du Parlement puisque, si le premier de ces deux articles ne prévoit pas, formellement, la participation de cette institution s'agissant de l'adoption d'un acte tel que celui en cause dans la présente affaire, le second, en revanche, renvoie explicitement à la procédure visée à l'article 251 CE. Contrairement à la situation en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Dioxyde de titane […], le cumul des bases juridiques n'entraîne donc, en l'espèce, aucune atteinte aux droits du Parlement puisque le recours à l'article 175, paragraphe 1, CE permet à cette institution d'adopter l'acte selon la procédure de codécision » (54).

De même, dans l'arrêt relatif au *Fonds international pour l'Irlande* (55), la Cour a censuré le règlement prévoyant la contribution de la Communauté à ce fonds au motif qu'il était fondé sur le seul article 308 CE (56), alors que cette base juridique subsidiaire aurait dû se voir adjoindre, comme le soutenait le Parlement européen, l'article 159, troisième alinéa CE (57). La Cour ayant donné gain de cause au Parlement européen après examen du contenu et de l'objet de l'acte, elle n'a pas conclu à l'incompatibilité entre les procédures, alors pourtant que l'article 308 prévoyait que le Conseil statue à l'unanimité sur proposition

(53) CJCE, 10 janvier 2006, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff. C-178/03, *Rec.* p. I-107 et règlement (CE) n° 304/2003 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant les exportations et importations de produits chimiques dangereux, *JOUE* L 63/1, 6 mars 2003.

(54) *Ibid.*, pt 59.

(55) CJCE, 30 septembre 2009, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-166/07, *Rec.* p. I-7135.

(56) Selon cet article (devenu article 352 TFUE) : « Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées ».

(57) Selon cette disposition (devenue article 175, troisième alinéa, TFUE), qui relève de la politique de cohésion économique, sociale et territoriale : « Si des actions spécifiques s'avèrent nécessaires en dehors des fonds, et sans préjudice des mesures décidées dans le cadre des autres politiques de la Communauté, ces actions peuvent être arrêtées par le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de la Commission et après consultation du Parlement, alors que l'article 159 troisième alinéa prévoyait le recours à la procédure de codécision. La Cour a en seulement déduit qu'il convenait de « respect[er] les procédures législatives y prévues, à savoir tant la procédure visée à l'article 251 CE dite de « codécision » que le vote à l'unanimité au sein du Conseil » (58).

La conclusion des accords internationaux n'échappe pas à cette tendance à privilégier la base juridique la plus intégrée, et donc de favoriser les bases juridiques conférant le plus de pouvoirs au profit du Parlement. La Cour juge en effet que « dans le cadre de la procédure de conclusion d'un accord international conformément à l'article 218 TFUE, […] c'est la base juridique matérielle de la décision portant conclusion de cet accord qui détermine le type de procédure applicable en vertu du paragraphe 6 de cette disposition » (59), celle-ci étant déterminée par l'application de la grille de lecture traditionnelle issue de la jurisprudence *Dioxyde de titane*. Or, les mêmes distorsions de cette grille d'analyse sont perceptibles dès lors qu'il s'agit de trancher la question de la base juridique de la décision de conclure un accord externe (60).

Les arrêts récents relatifs aux conflits de bases juridiques confirment donc un mouvement de fond, tangible depuis l'origine de la construction européenne, à accroître l'intégration et la démocratisation de l'Union européenne. Autrement dit, la Cour a eu un rôle déterminant dans la construction d'un ordre juridique intégré c'est-à-dire centralisé, dans lequel le Parlement européen n'a cessé d'accroitre sa place dans les processus décisionnels.

Ce constat doit cependant être tempéré au regard d'une évolution récente, qui tend à trouver un nouvel équilibre dans la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres et dans la

(58) *Ibid.*, pt 69.

(59) CJUE, 24 juin 2014, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-658/11, pt 58.

(60) On peut en voir un exemple dans l'arrêt relatif à la décision de conclusion de convention de Rotterdam (CJCE, 10 janvier 2006, *Commission c/ Conseil*, aff. C-94/03). Cette décision avait été fondée sur l'article 175, § 1, CE, en combinaison avec l'article 300, § 3, premier alinéa, CE, alors que la Commission soutenait qu'il convenait de leur adjoindre l'article 133 CE. La Cour relève que « le recours conjoint aux articles 133 CE et 175, § 1, CE n'est pas davantage de nature à porter atteinte aux droits du Parlement puisque, si le premier de ces deux articles, lu en combinaison avec l'article 300, § 3, premier alinéa, CE, ne prévoit pas de consultation de cette institution préalablement à la conclusion d'un accord dans le domaine de la politique commerciale, le second article, en revanche, aboutit à un tel résultat. Contrairement à la situation en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Dioxyde de titane, précité, le cumul des bases juridiques n'entraîne donc, en l'espèce, aucune atteinte aux droits du Parlement ». Elle a donc annulé, pour erreur quant à la base juridique, la décision de conclusion de la convention de Rotterdam qui n'était fondée que sur le seul article 175, § 1, CE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

balance des pouvoirs entre les institutions, dans un sens plus favorable aux intérêts des États. Cette nouvelle orientation trouve également sa traduction dans les conflits de bases juridiques, qui trouvent leur issue dans un sens moins systématiquement favorable à l'intégration.

II. – Les évolutions récentes : la contribution des conflits de bases juridiques au rééquilibrage de la construction européenne

Plusieurs évolutions peuvent être identifiées, qui, si elles ne remettent pas fondamentalement en cause la tendance lourde précédemment identifiée, aboutit à en gommer les aspects les plus saillants.

Schématiquement, ces évolutions sont apparues dans le sillage de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui consacre un « retour des États », ce qui s'est traduit par une prise en compte accrue des intérêts étatiques et, corrélativement, par une jurisprudence relative aux conflits de bases juridiques moins intégratrice. Cet infléchissement jurisprudentiel se donne à voir dans les deux dimensions que sont la répartition verticale et horizontale des compétences et des pouvoirs au sein de l'Union européenne. Si dans la première hypothèse, la Cour veille davantage au respect des frontières entre les différentes catégories de compétences établies par les traités (A.), elle assure également, dans la seconde hypothèse, le respect de l'équilibre institutionnel voulu par les traités (B.).

A. – Le respect des frontières entre les différentes catégories de compétences

Les conflits de bases juridiques ayant un impact sur la répartition verticale des compétences et/ou sur la nature (exclusive ou partagée ; « intergouvernementale » ou « communautaire ») des compétences de l'Union européenne montrent une tendance de la Cour à respecter davantage les choix du législateur, quand bien même cela aurait pour conséquence de favoriser les compétences les moins intégrées. Le biais précédemment identifié et conduisant à favoriser systématiquement les compétences les plus intégrées semble avoir ainsi cédé la place à une jurisprudence moins systématiquement favorable à l'intégration.

L'insertion dans les traités, à la faveur du traité de Lisbonne, de dispositions témoignant de l'inquiétude des États quant à

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'« expansionnisme larvé » des compétences de l'Union européenne n'est certainement pas étrangère à cette nouvelle orientation jurisprudentielle. On peut citer à titre d'exemple les nombreuses dispositions qui ont pour objet de réaffirmer l'importance du principe d'attribution des compétences ; l'introduction d'une procédure d'abrogation des actes de l'Union européenne ; l'utilisation possible de la procédure de révision ordinaire pour accroitre ou réduire les compétences attribuées à l'Union européenne ; la nouvelle formulation, plus restrictive, de la clause de flexibilité figurant à l'article 352 TFUE (61), voire la consécration d'un droit de retrait.

Ce mandat clair des « maîtres des traités » en faveur d'une Union européenne plus respectueuse des compétences étatiques explique certainement l'orientation nettement moins centralisatrice de la Cour en matière de conflits de bases juridiques.

C'est le cas tout d'abord en matière de contentieux inter-piliers, notamment dès lors que sont en cause des bases juridiques relevant de la PESC, la jurisprudence de la Cour étant beaucoup moins défavorable à ce que ces dispositions fondent l'adoption d'actes de l'Union européenne, en dépit de leur « caractéristiques spécifiques » (62) qui dérogent à la méthode communautaire. En témoigne l'arrêt relatif à la conclusion de l'accord UE/Tanzanie relatif au transfert des personnes soupçonnées d'actes de piraterie (63). Le Parlement européen soutenait que la décision de conclusion de cet accord était fondée, à tort, sur le seul article 37 TUE (64) et que, partant, elle n'aurait pas dû être adoptée conformément à la procédure spécifique aux accords portant exclusivement sur la PESC, qui exclut toute participation du Parlement (article 218, paragraphe 6, second alinéa, premier membre de phrase, TFUE). Il considérait à l'inverse que cette décision devait être fondée,

(61) Aux termes de cet article : « Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen ».

(62) Selon la formulation de la Cour dans l'avis 2/13 du 18 décembre 2014, *Adhésion à la CEDH*, EU:C:2014:2454.

(63) CJUE, 14 juin 2016, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-263/14, EU:C:2016:435.

(64) Cette disposition confère à l'UE la compétence de « conclure des accords avec un ou plusieurs États ou organisations internationales dans les domaines relevant de présent chapitre [PESC] ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

outre sur l'article 37 TUE, sur les articles 82 et 87 TFUE (65), et qu'elle ne pouvait donc être adoptée que conformément à la procédure prévue à l'article 218, paragraphe 6, second alinéa, sous a), v), TFUE, prévoyant l'approbation du Parlement.

La Cour ne lui a cependant pas donné gain de cause, jugeant que l'accord UE/Tanzanie relevait de la PESC, au prix d'une interprétation contextuelle et finaliste de cet accord. C'est ainsi qu'a incontestablement joué l'intervention d'une résolution du Conseil de sécurité des nations unies, celle-ci permettant de situer l'accord UE/Tanzanie dans le cadre de la PESC et non de la seule coopération policière et judiciaire en matière pénale. De même, l'accent mis sur les objectifs poursuivis par l'acte litigieux, révélés par ses considérants, ont permis à la Cour de valider les choix du législateur, alors qu'une analyse accordant davantage de poids à son contenu aurait pu permettre d'opter pour une base juridique relevant de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Même si cela n'est pas expressément évoqué dans les motifs de ces arrêts, a certainement joué un rôle la nouvelle rédaction de l'article 40 TUE (66), destiné à remplacer l'ancien article 47 TUE. Alors que la rédaction de l'article 47 TUE pouvait être interprétée comme une clause de non affectation des compétences communautaires par les actes PESC, la Cour en ayant encore potentialisé les effets protecteurs en l'interprétant à la lueur de l'objectif de maintien et de développement de l'acquis communautaire, le nouvel article 40 TUE ne se prête plus à une telle utilisation, et ce d'autant que la notion même d'« acquis » a disparu du texte même des traités. Plus précisément, l'article 40 TUE est désormais rédigé comme impliquant, non plus la seule protection des compétences communautaires, mais comme une clause de non empiètement réciproque des actes PESC et des autres actes de droit dérivé, ce qui diminue d'autant la marge d'interprétation de la Cour. Celle-ci ne peut donc plus, sauf à enfreindre frontalement le mandat fixé par les traités, adopter une lecture dynamique de la ventilation des compétences

(65) Ces articles confèrent une compétence à l'UE en matière de coopération judiciaire en matière pénale (article 82 TFUE) et de coopération policière (article 87 TFUE).

(66) Aux termes de cette disposition : « La mise en œuvre de la politique étrangère et de sécurité commune n'affecte pas l'application des procédures et l'étendue respective des attributions des institutions prévues par les traités pour l'exercice des compétences de l'Union visées aux articles 3 à 6 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. De même, la mise en œuvre des politiques visées auxdits articles n'affecte pas l'application des procédures et l'étendue respective des attributions des institutions prévues par les traités pour l'exercice des compétences de l'Union au titre du présent chapitre ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

entre les différents « piliers », mais doit se borner à faire respecter les frontières entre les différents types de compétences.

La même conclusion peut être faite s'agissant du choix entre les compétences exclusives et partagées, la jurisprudence étant dans ce domaine également moins intégratrice qu'auparavant. L'arrêt relatif au règlement « transfert de déchets » (67) l'illustre parfaitement. La Commission soutenait en effet que cet acte aurait dû être fondé sur la double base juridique constituée par les articles 175, paragraphe 1, CE (68) et 133 CE (69) en lieux et place du seul article 175, paragraphe 1, CE. Là encore, c'est une interprétation de la finalité du règlement, combinée à la prise en compte du « contexte législatif », qui a permis de valider le choix du législateur de l'Union européenne en faveur de l'article 175, paragraphe 1, CE, cette disposition relevant des compétences partagées alors que l'article 133 CE relève de la compétence exclusive de l'Union européenne.

Témoigne également de cette prise en compte des intérêts étatiques le récent avis 2/15 relatif à l'accord de libre-échange UE/Singapour (70), dans lequel la Cour a conclu à ce que les dispositions de l'accord relatives aux investissements étrangers autres que directs ainsi que celles relatives au règlement des différends entre investisseurs et États ne relevaient pas de la compétence exclusive de l'Union, de sorte que l'accord ne pouvait pas être conclu, en l'état, sans la participation des États membres. Ainsi, la Cour retient la qualification d'accord mixte pour les dispositions qui ont fait le plus débat dans les États membres, à savoir le mécanisme d'arbitrage, alors que l'avocat général Mme Sharpston considérait que les dispositions relatives au règlement des différends États/investisseurs relevaient de la seule compétence de l'Union européenne (71). Une telle qualification d'accord mixte emporte en tout état

(67) CJCE, 8 septembre 2009, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff. C-411/06, *Rec.* p. I-7585.

(68) Cet article (devenu article 192 TFUE) confère à l'UE une compétence pour réaliser les objectifs en matière d'environnement cités à l'article 174 CE (devenu 191 TFUE).

(69) Cet article, devenu 207 TFUE, est relatif à la politique commerciale commune de l'UE.

(70) CJUE, avis 2/15 du 16 mai 2017, *Accord de libre-échange entre l'UE et Singapour*, EU:C:2017:376.

(71) *Cf.* les conclusions de l'avocat général Mme Sharpston présentées le 21 décembre 2016 dans l'avis 2/15, préc., spéc. pts 525 et s. : « Il résulte des avis 1/91, 1/09 et 2/13 que, lorsque l'Union est compétente pour les dispositions matérielles d'un accord international, elle est également compétente en ce qui concerne les mécanismes de règlement des différends, mécanismes qui ont pour objet d'assurer que ces dispositions sont effectivement respectées. De tels mécanismes ne font que contribuer à la réalisation des objectifs primaires de l'Accord et sont donc accessoires par rapport aux règles (matérielles) auxquelles ils se rapportent. Cette conclusion s'applique aussi bien au mécanisme horizontal de règlement des différends prévu par le chapitre quinze qu'aux mécanismes analogues que la section B du chapitre neuf et le chapitre

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de cause l'impossibilité d'une application provisoire des dispositions en question, qui ne pourront recevoir pleine application qu'une fois le traité ratifié par l'ensemble des parlements nationaux.

La conséquence qui en découle est que tous les accords commerciaux dits de « nouvelle génération » (parce que mettant en place notamment des mécanismes d'arbitrage afin de régler les différends entre États et investisseurs) que conclura à l'avenir l'Union européenne devront, pour entrer en application, être validés non seulement par le Conseil et le Parlement de Strasbourg, mais aussi par les parlements nationaux de l'Union européenne. L'épisode du traité de libre-échange UE/Canada (traité CETA) avait en effet montré le caractère très sensible de la question de ces accords « nouvelle génération » pour les parlements nationaux, puisque le Parlement wallon n'avait accepté de donner délégation au gouvernement fédéral pour qu'il appose la signature de la Belgique au traité CETA qu'après avoir obtenu que le traité s'accompagne d'une déclaration interprétative de la Belgique rappelant l'importance de la protection des services publics et du secteur agricole.

Cette nouvelle orientation jurisprudentielle trouve un écho également dans les conflits de bases juridiques ayant un enjeu interinstitutionnel, les arrêts ne favorisant plus systématiquement les pouvoirs du Parlement européen mais tendant davantage à la préservation de l'équilibre institutionnel voulu par les traités.

B. – L'attention portée à la préservation de l'équilibre institutionnel voulu par les traités

À l'opposé de la tendance de fond précédemment relevée (72), les arrêts récents mettant en cause le choix entre différentes bases juridiques semblent moins systématiquement favorables au Parlement européen, la Cour ayant à cœur de préserver l'équilibre institutionnel (73) voulu par les rédacteurs des traités.

---

treize instituent pour des matières spécifiques. Contrairement à certains États membres, je considère que le fait que le mécanisme RDIE confère à un investisseur d'une partie le droit d'engager une procédure d'arbitrage contre l'autre partie n'a, en soi, aucune incidence sur la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Ce trait est l'expression de la volonté des parties, qui ont opté pour ce type de règlement des différends en matière d'investissements plutôt que pour un mode de règlement d'État à État (ou une combinaison des deux mécanismes). Il concerne donc la manière dont la compétence externe est exercée plutôt que l'existence et la nature de cette compétence externe ».

(72) Voy. *supra*, I. B.

(73) Sur cette notion, voy. notamment J.-P. Jacqué, « Le labyrinthe décisionnel », *Pouvoirs*, n° 69/1994, pp. 23-34 ; V. Constantinesco, « L'équilibre institutionnel dans la Constitution de l'Union européenne », in *Liber Amicorum Jean Raux*, éditions Apogée, 2006, p. 481 ;

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

En témoigne le premier arrêt rendu en matière de sanctions ciblées postérieurement à l'arrêt *Kadi* (74). Le Parlement contestait l'adoption par le Conseil du règlement n° 1286/2009 *instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Talibans* (75), et notamment le fait qu'il soit fondé sur l'article 215, paragraphe 2, TFUE (76). Alors que cette disposition prévoit l'adoption de mesures restrictives par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, sur proposition conjointe du haut représentant et de la Commission, le Parlement étant informé, le Parlement européen soutenait que le règlement aurait dû être adopté sur le fondement de l'article 75 TFUE (77) qui prévoit quant à lui l'adoption de mesures de lutte contre le terrorisme à la procédure législative ordinaire.

La Cour a commencé par considérer que ces procédures étaient incompatibles, puis elle en a déduit la nécessité de choisir entre les deux bases juridiques proposées, alors même que « le règlement attaqué poursuiv[rait] à la fois plusieurs objectifs ou ait plusieurs composantes qui sont liés de façon indissociable, sans que l'un soit accessoire par rapport à l'autre, les différences de procédures applicables en vertu des articles 75 TFUE et 215, paragraphe 2, TFUE empêch[a]nt que ces deux dispositions puissent être cumulées l'une avec l'autre pour servir de double base juridique d'un acte tel que le règlement attaqué » (78). Quant à l'argument tiré de l'incidence sur les prérogatives du Parlement, la Cour a jugé que « cette circonstance ne saurait cependant déterminer

Br. Bertrand, « Le principe de l'équilibre institutionnel : la double inconstance », *Europe*, 2016, étude 5, pp. 5-10.

(74) CJUE, 19 juillet 2012, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-130/10, EU:C:2012:472.

(75) Règlement (UE) n° 1286/2009 du Conseil du 22 décembre 2009 modifiant le règlement (CE) n° 881/2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban, *JOUE* n° L 346, 23 décembre 2009, p. 42.

(76) Selon l'article 215, § 2, TFUE : « Lorsqu'une décision, adoptée conformément au chapitre 2 du titre V du traité sur l'Union européenne, le prévoit, le Conseil peut adopter, selon la procédure visée au paragraphe 1, des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales, de groupes ou d'entités non étatiques ».

(77) Selon l'article 75 TFUE : « Lorsque la réalisation des objectifs visés à l'article 67 l'exige, en ce qui concerne la prévention du terrorisme et des activités connexes, ainsi que la lutte contre ces phénomènes, le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, définissent un cadre de mesures administratives concernant les mouvements de capitaux et les paiements, telles que le gel des fonds, des avoirs financiers ou des bénéfices économiques qui appartiennent à des personnes physiques ou morales, à des groupes ou à des entités non étatiques, sont en leur possession ou sont détenus par eux ».

(78) CJUE, 19 juillet 2012, *Parlement c/ Conseil*, préc., pt 49.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

le choix de la base juridique » (79), dès lors que « la différence entre les articles 75 TFUE et 215 TFUE quant à l'implication du Parlement résulte d'un choix opéré par les auteurs du traité de Lisbonne de conférer un rôle plus limité au Parlement à l'égard de l'action de l'Union dans le cadre de la PESC » (80).

N'est pas non plus acceptée la thèse selon laquelle il serait contraire au droit de l'Union que puissent être adoptées des mesures ayant une incidence directe sur les droits fondamentaux des particuliers et des groupes au moyen d'une procédure excluant la participation du Parlement, dès lors que « l'obligation de respecter les droits fondamentaux s'adresse […] à toutes les institutions, à tous les organes et organismes de l'Union » (81). Le Conseil pouvait donc statuer seul, dans le cadre de l'article 215, paragraphe 2, TFUE.

Dans cet arrêt, la Cour a fait une entorse à sa jurisprudence traditionnelle en concluant à l'incompatibilité des procédures, au seul motif que les deux bases juridiques prévoyaient des processus décisionnels distincts (82), alors que dans une telle hypothèse elle concluait seulement à la mise en œuvre de la procédure conférant le plus de pouvoirs au Parlement européen. L'équilibre institutionnel voulu par les traités retrouve ainsi une place centrale, dès lors que la Cour ne valorise plus systématiquement l'intervention du Parlement européen.

Illustre également cette nouvelle tendance l'arrêt relatif à l'accord UE/Maurice relatif au transfert de personnes soupçonnées d'actes de piraterie (83), dans lequel la Cour a validé la base juridique « PESC », en dépit des conséquences que cela entraînait pour le Parlement européen, celui-ci n'étant qu'informé de la conclusion des accords portant « exclusivement sur la PESC » en vertu de l'article 218, paragraphe 6, TFUE. Si la Cour a donné une interprétation très stricte de cette notion « d'accord portant exclusivement sur la PESC », refusant notamment la disjonction proposée par le Parlement européen entre la base juridique

(79) *Ibid.*, pt 79.
(80) *Ibid.*, pt 82.
(81) *Ibid.*, pt 83.
(82) *Ibid.*, pt 47 : « si l'article 75 TFUE prévoit l'application de la procédure législative ordinaire, laquelle implique le vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil et la pleine participation du Parlement à la procédure, l'article 215, paragraphe 2, TFUE n'implique, quant à lui, que la seule information du Parlement. En outre, contrairement au recours à l'article 75 TFUE, le recours à l'article 215, paragraphe 2, TFUE requiert l'existence préalable d'une décision relevant de la PESC, à savoir une décision adoptée conformément au chapitre 2 du titre V du traité UE, prévoyant l'adoption de mesures restrictives telles que celles visées à cette disposition. L'adoption d'une telle décision implique, en règle générale, le vote à l'unanimité au sein du Conseil statuant seul. De telles différences sont de nature à rendre lesdites procédures incompatibles ».
(83) CJUE, 24 juin 2014, *Parlement c/Conseil*, aff. C-658/11, ECLI :EU:C:2014:2025.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de la décision et les règles procédurales gouvernant son adoption (84), elle a tout de même exigé qu'il soit pleinement informé à toutes les étapes de la procédure de négociation et de conclusion de l'accord externe, afin de pouvoir « exercer le droit de regard que les traités lui ont conféré en matière de PESC et, le cas échéant, de faire valoir son point de vue en ce qui concerne, en particulier, la base juridique correcte sur laquelle l'acte en cause doit se fonder » (85).

Cette nouvelle orientation jurisprudentielle qui s'esquisse appelle deux sortes de remarques, s'agissant de la conception de l'intégration européenne qui sous-tend la jurisprudence de la Cour, d'une part, et s'agissant de l'idée qu'elle se fait de son rôle dans l'intégration, d'autre part.

En premier lieu, il nous semble que le critère de l'implication maximale du Parlement européen – qui ne trouvait aucune base dans le traité (86) – partait du présupposé que l'accroissement du rôle du Parlement européen s'accompagnerait d'une démocratisation accrue de l'Union européenne, et donc d'une intégration renforcée. Une telle pétition de principe méconnait toutefois le fait que la démocratie présente plusieurs visages dans l'Union européenne. Plus précisément, si la légitimation démocratique est bien entendu assurée par le Parlement

(84) Cette décision avait été fondée sur les articles 37 et 218, §§ 5 et 6, TFUE, ce que le Parlement européen ne contestait pas. Il soutenait toutefois que, dès lors que l'accord ne portait pas exclusivement sur la PESC, mais sur des finalités accessoires (celles-ci n'ayant toutefois pas eu d'incidence sur le choix de la base juridique de l'acte), il aurait dû être à tout le moins consulté au lieu d'être simplement informé. La Cour a cependant refusé cette disjonction entre la base juridique de la décision et les règles procédurales gouvernant son adoption, au motif que « lorsque la décision de conclusion de l'accord en question est valablement fondée exclusivement sur une base juridique matérielle relevant de la PESC, c'est le type de procédure prévu à l'article 218, paragraphe 6, second alinéa, premier membre de phrase, TFUE qui est d'application » (CJUE, 24 juin 2014, *Parlement c/ Conseil*, C-658/11, préc., pt. 59). Semble avoir joué un rôle non négligeable dans la décision de la Cour l'impératif de cohérence et de sécurité juridique, ces motifs apparaissant plus importants que la sauvegarde des prérogatives du Parlement européen, comme en témoigne le point 60 de cet arrêt : « une telle interprétation se justifie d'autant plus au regard des exigences liées à la sécurité juridique. En effet, en ancrant la base juridique procédurale à la base juridique matérielle d'un acte, cette interprétation permet de déterminer la procédure applicable sur la base de critères objectifs, susceptibles de contrôle juridictionnel, comme rappelé au point 43 du présent arrêt. Cela assure, par ailleurs, la cohérence dans le choix des bases juridiques d'un acte. En revanche, l'interprétation défendue par le Parlement aurait pour conséquence d'introduire un degré d'incertitude et d'incohérence dans ce choix, dans la mesure où elle serait susceptible de déterminer l'application de procédures différentes à des actes de droit de l'Union se fondant sur une seule et même base juridique matérielle ».

(85) CJCE, 14 juin 2016, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-263/14, préc., pt 84.

(86) Voy. en ce sens la lecture critique qu'en fait l'Avocat général M. Poiares Maduro dans ses conclusions sur CJCE, 8 septembre 2009, *Commission c/ Parlement européen et Conseil*, aff. C-411/06, *Rec.* p. I-7585. Voy. également ses conclusions sur CJCE, 5 décembre 2006, *Cipolla e. a.*, aff. Jtes C-94/04 et C-202/04, *Rec.* p. I-11421.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

européen, institution directement représentative dans l'Union européenne devant laquelle la Commission est directement responsable, la démocratie provient également des différents peuples européens à travers les positions prises par leurs gouvernements respectifs, sous le contrôle des parlements nationaux, dans le cadre du Conseil. Par conséquent, il ne saurait être soutenu que la protection des attributions du Conseil, fût-ce au prix d'une réduction des pouvoirs du Parlement européen, porte atteinte à la démocratie au sein de l'Union européenne.

Plus encore, en faisant respecter les attributions de chacune des institutions dans l'Union européenne, la Cour ne fait au final que respecter l'équilibre institutionnel inscrit dans les traités par les peuples européens c'est-à-dire l'équilibre entre les différents canaux de légitimation de l'exercice du pouvoir dans l'Union européenne. Sa déférence à l'égard des choix exprimés par les peuples européens à l'occasion de la révision des traités participe à la légitimité de ses décisions.

La nouvelle tendance jurisprudentielle qui s'esquisse montre que la Cour a pris acte des inquiétudes des États quant à leur perte d'emprise sur l'intégration européenne, et s'efforce de rendre effectif ce mandat des rédacteurs des traités de protéger les compétences étatiques.

Pour le dire autrement, la loyauté européenne des États implique que leurs choix, notamment ceux relatifs à l'équilibre entre les compétences et les pouvoirs au sein de l'Union européenne, soient respectés. À trop vouloir forcer l'intégration, la Cour de justice a pris le risque de s'aliéner l'allégeance des États, de sorte que le *self restraint* de sa jurisprudence actuelle, loin d'affaiblir l'intégration européenne, pourrait bien participer à sa perpétuation.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Les conflits de base juridique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 4.

LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Toni Marzal

Lecturer à l'Université de Glasgow

Le sujet que nous allons aborder n'est pas des moins complexes. Tout d'abord, parce que la problématique commune à toutes les contributions est particulièrement périlleuse. Il arrive fréquemment que n'importe quelle cour, et surtout *la* Cour, soit accusée de « faire de la politique ». Pourtant, il est rarement explicité ce que l'on entend par là scientifiquement, si bien que la consistance de l'accusation peut prêter à discussion, voire même perdre toute crédibilité. Nous nous proposons de réfléchir, à partir du problème spécifique de la portée spatiale du droit de l'Union, sur comment lui redonner, dans la mesure du possible, une telle consistance.

Pourtant, la question précise du champ d'application territorial (1), sur laquelle nous aspirons également à apporter quelques éclairages, n'est pas moins difficile. Il s'agit d'affaires qui présentent, selon la terminologie du droit international privé, « des éléments d'extranéité », où l'intérêt ou la légitimité du droit de l'Union à s'appliquer peut être remise en cause du fait de l'absence de liens suffisants entre les deux (de nature territoriale, personnelle ou autre). Ce sont donc des situations potentiellement revendiquées par des ordres juridiques d'États

(1) À l'instar de la notion de « territorialité », celle de « champ d'application territorial » présente une ambigüité fondamentale. Cette dernière peut être comprise, de façon plus stricte, comme faisant dépendre l'applicabilité d'un système juridique ou d'une règle de la localisation géographique d'un évènement déterminant (par exemple : lieu où l'infraction a été commise, lieu où le contrat doit être exécuté, etc.). Sous cette conception, elle s'oppose à d'autres formes de rattachement, généralement de type personnel, qui se focalisent sur les liens des personnes impliquées à l'ordre juridique en question (nationalité, résidence habituelle, etc.). Cependant, dans un sens plus large (ainsi que plus commun), la notion de champ d'application territorial fait référence à la dimension géographique de l'applicabilité des normes, qui intéresse tout particulièrement le droit international privé, et qui s'oppose notamment à ses dimensions temporelle et substantielle. Dans le présent article, l'expression « champ d'application territorial » (ou son synonyme « champ d'application spatiale ») est employée dans ce dernier sens. Sur ce sujet, voy. L. Lebon, *La territorialité et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tiers, et qui soulèvent souvent le danger (ou plutôt l'argument) de l'application extraterritoriale du droit européen. En outre, la question du champ d'application spatial peut se poser dans pratiquement tous les domaines du droit de l'Union et fait partie des préoccupations de plusieurs spécialités en dehors du domaine européen (dont au premier rang, le droit international privé et le droit international public). Pour compliquer davantage les choses, cette question est perçue comme étant d'une grande technicité, ce qui fait qu'elle est généralement évitée par la Cour de justice dans ses raisonnements, ou à tout le moins qu'elle y consacre des développements relativement pauvres et peu transparents.

Pour commencer notre réflexion, il convient néanmoins de présenter quelques idées élémentaires sur ce qu'on entend habituellement par « politique » dans les discours des juristes analysant la jurisprudence, qu'ils soient convaincants ou non. Le point de départ est que, par rapport à l'activité interprétative des juges, le « politique » est pour la plupart compris par opposition au droit. Ainsi, lorsqu'on dit qu'un certain arrêt de la Cour de justice est « politique », cela veut généralement dire qu'il s'agit d'une décision qui n'est pas strictement juridique. Et à l'inverse, si une décision ne mérite pas le qualificatif de politique, c'est qu'elle dérive raisonnablement des textes juridiques. Le politique exclut le droit et à l'inverse. Le politique s'inscrit donc, dans les discours des juristes, au sein de la dichotomie classique droit-politique.

La deuxième idée importante à noter est que, en partant de la dichotomie droit-politique, le politique se prête habituellement à deux compréhensions différentes, qui ne s'excluent pas pourtant l'une à l'autre. La première, de nature plus formelle, consiste à présenter le politique comme un espace de non-contrainte : le politique commence là où le droit cesse d'imposer une certaine solution. C'est la marge de liberté de décision dont dispose tout juge du fait des inévitables carences, lacunes et ambiguïtés des règles de droit. Le juge fait donc de la politique lorsqu'il est libre (ou se libère, par exemple en créant une exception) de l'application mécanique ou respectueuse de la loi. La seconde, de nature substantielle, associe le politique aux raisonnements de type utilitariste (*lato sensu*), où le juge, plutôt que d'inscrire sa conclusion dans les textes juridiques en amont, décide en fonction des conséquences sociales et économiques que comporteraient en aval les différentes interprétations possibles. Ainsi, le juge ferait de la politique lorsqu'il propose une interprétation qui avance une certaine valeur, un certain but, ou une certaine politique législative. Le juge ferait aussi de la politique en pesant les coûts et bénéfices dérivant des différentes

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

possibilités interprétatives qui lui seraient offertes, en attribuant une certaine mesure d'importance à certains intérêts au détriment d'autres, ou en choisissant l'interprétation qui maximiserait le bien social.

Ces deux manières très habituelles de concevoir le politique ne sont pas incompatibles, et vont même ensemble de l'avis de maints juristes. La première délimite l'espace du politique, la seconde donne un certain contenu à cet espace. Pourtant, quelle utilité pourrait présenter le politique pour nous les juristes, si ce n'est que pour souligner les limites de notre discipline, et par ce biais notre incapacité à nous prononcer sur des questions essentielles ? La réponse est que, avant tout, la notion du politique ainsi comprise nous permet non seulement d'analyser le travail des juges, mais aussi d'exercer un rôle critique. On peut dénoncer une certaine décision qui se veut déduite des règles de droit, pour montrer qu'il s'agit en réalité d'un choix (politique) du juge. On peut aussi dénoncer tel choix comme favorisant injustement certains intérêts, ou comme imposant des sacrifices disproportionnés sur une partie de la société. La notion de politique présente ainsi une utilité critique, voire même subversive.

Cependant, dans le contexte du droit de l'Union, il semblerait y avoir quelque chose de risqué à vouloir faire de la critique sur la base de cette conception classique du politique. Imputer à la Cour de faire de la politique, parce qu'elle créerait le droit au lieu de l'appliquer, ou parce qu'elle favoriserait une certaine politique ou mettrait en balance les intérêts en présence, c'est l'équivalent juridique doctrinal de « découvrir la lune ». Cela tient à deux raisons principales. Tout d'abord, parce que la critique de la fonction judiciaire qui fait valoir que le juge en réalité crée le droit, associée à la théorie réaliste, est devenue d'une extrême banalité. Tous les juristes ont intégré cette idée dans leur représentation du fonctionnement du système juridique, si bien que le fait de dire qu'un juge « fait de la politique » dans le sens précité n'a plus aucune conséquence en termes de la correction, le mérite ou la légitimité de la décision. Autrement dit, le juge qui fait de la politique n'est autre chose que le juge qui juge (notons pourtant en passant que, à l'inverse, la politique se joue aujourd'hui très largement dans la langue du droit (2)).

La deuxième raison tient aux caractéristiques spécifiques de la jurisprudence la Cour de justice et généralement le droit de l'Union européenne, où se mélangent naturellement et historiquement le droit et

(2) Voy. D. Kennedy, *A World of Struggle. How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton University Press, 2016 ; voy. aussi les contributions d'Y. Poirmeur et d'A. Vauchez.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la politique. Ce qui caractérise la jurisprudence de la Cour, le discours qu'elle met en œuvre, est qu'elle n'a pas peur de raisonner dans des termes que l'on qualifierait dans d'autres domaines de politiques. Dans ses raisonnements la Cour ne craint pas de s'appuyer sur des valeurs ou des objectifs ou des considérations d'efficacité, si besoin pour aller au-delà des textes, plutôt que sur des considérations plus traditionnellement juridiques. Elle enlève ainsi à la critique (réaliste) du raisonnement judiciaire une grande partie de sa puissance, puisque la Cour raisonne déjà en ces termes réalistes ; elle s'approprie du politique en le rendant explicite dans la surface de ses décisions et l'imposant comme un cadre tout aussi contraignant que les règles juridiques traditionnelles.

Est-il possible de sortir de cette impasse, et redonner au politique une puissance critique et subversive, en partant de la question du champ d'application territorial ? Comme nous allons le montrer ci-dessous, la Cour tend à représenter le droit européen comme opérant dans un espace de non-contrainte, laissé ouvert par le droit international public et par le droit national ; à l'intérieur de cet espace, le droit européen se projette comme un instrument efficace au service de certaines politiques, ce qui permet au juge de déterminer son champ d'application par le biais d'interprétations fonctionnalistes. Dans ce contexte, une analyse classique de la dimension politique de la jurisprudence est vouée à l'échec, tant il doit se limiter à reproduire les raisons et argumentations offertes par la Cour. Cette analyse doit ainsi renoncer à tout effet de découverte ou de révélation. Le politique serait trop présent dans la surface du droit de l'Union.

Nous montrerons pourtant que cette jurisprudence se prête à une analyse critique féconde, en partant d'une conception du politique quelque peu modifiée. En renonçant à l'associer à la liberté créatrice du juge et aux raisonnements utilitaristes, et laissant aussi de côté la dichotomie classique droit-politique, nous allons, comme cet ouvrage nous invite à le faire, identifier le politique au travail du juge caché derrière la surface de ses raisonnements. Ce travail, qui fait avancer et évoluer la signification des institutions et principes européens dans un sens ou un autre, émerge parfois facilement, tandis que d'autres fois nécessite d'excavations importantes. L'occultation est parfois voulue ou « stratégisée », d'autres fois elle est inconsciente. En tout cas, cette idée renouvelée du politique, qui se trouve axée sur sa fonction critique et subversive (3), se focalisant sur la face cachée des décisions et prenant

(3) Sur cette vision du rôle politique de la Cour, voy. introduction de cet ouvrage.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

le contre-pied des justifications offertes, nous permettra d'exposer leur caractère artificiel et de mettre en relief les idées et constructions fortes qui se cachent derrière et se prêtent à discussion. Le rôle politique des juges, et en particulier celui de la Cour de justice, implique ainsi un travail de construction et d'occultation.

Le cas d'étude que nous avons choisi, la question de l'applicabilité spatiale du droit de l'Union, permet à notre avis de le montrer. Ici, on verra que le niveau de la surface du raisonnement explicite est en réalité, dans la plupart des cas, parfaitement fallacieux et illusoire. Dans un premier temps, nous allons montrer les techniques, généralement banales et bien connues du droit de l'Union, qu'emploie la Cour dans ce domaine pour justifier son applicabilité (I). Il sera ensuite possible d'illustrer comment la Cour peine à occulter le rôle politique qu'elle exerce, dont la contribution centrale est de faire dépendre l'applicabilité du droit de l'Union d'une certaine idée d'appartenance (II).

I. – Les techniques

Confrontée à la question de la détermination du champ d'application territorial du droit de l'Union, la Cour déploie plusieurs techniques principales, qui semblent servir la plupart du temps à étendre autant que possible la portée de cet ordre juridique. On peut les diviser en deux : la Cour s'appuie d'abord sur les règles traditionnelles de droit international public limitant territorialement le champ d'application des droits nationaux (A), et ensuite et surtout sur des considérations fonctionnelles liées à la nécessité de garantir la réalisation du but poursuivi par la législation européenne dont l'applicabilité est en question (B).

A. – La limite de l'extraterritorialité

Le premier élément technique autour duquel se joue une partie du contentieux sur l'applicabilité du droit de l'Union concerne sa relation avec le droit international public. Les parties essayent souvent d'argumenter, pratiquement jamais avec succès, que l'extension territoriale du droit européen, telle que fixée par le législateur ou devant être déterminée par la Cour, serait excessive parce qu'elle violerait la prohibition d'extraterritorialité qui fait fermement partie des règles de droit international public.

La Cour de justice ne remet pas en question la prémisse sur laquelle s'appuie cet argument, c'est-à-dire que le droit international

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

public établit des limites territoriales infranchissables à l'action du droit européen. Elle se dit rigoureusement respectueuse de ces limites, qu'elle semble concevoir comme impliquant une prohibition absolue de dépassement. Comme elle le rappelle souvent, « les compétences de l'Union doivent être exercées dans le respect du droit international » (4). Ainsi, le droit dérivé « doit être interprété, et son champ d'application circonscrit, à la lumière des règles pertinentes du droit international » (5).

Néanmoins, il convient de souligner deux aspects saisissants dans ces arrêts. Le premier est que les interprétations du droit international public que propose la Cour, dont notamment la prohibition d'extraterritorialité, lui confèrent invariablement une place insignifiante, faisant preuve d'une grande générosité à l'égard du droit européen (ce qui semble cohérent avec l'activisme pro-intégration qui caractérise historiquement la jurisprudence de la Cour). Par exemple, l'argument de l'extraterritorialité avait été soulevé à l'encontre de la Directive établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, qui imposait aux exploitants des avions de restituer des quotas calculés au regard de l'ensemble du vol international (plutôt qu'au regard du seul espace aérien européen). En outre, la Directive était applicable aux avions immatriculés dans des États tiers dont la seule connexion au territoire européen était d'effectuer un vol au départ ou à l'arrivée d'un aérodrome situé sur le sol des États membres. La Cour a pourtant jugé que cette simple connexion au territoire européen, fût-elle des plus fragiles, suffit à évader le qualificatif d'extraterritorialité et donc l'interdiction du droit international public (6). Aussi, à propos d'une opération de concentration interdite par la Commission alors qu'elle avait été autorisée par les autorités de l'ordre juridique d'un État tiers, la requérante arguait, non déraisonnablement, que la Commission aurait dû s'abstenir de se prononcer contre l'opération pour éviter un conflit de décisions entre les deux ordres juridiques. La Cour a néanmoins considéré, de façon quelque peu artificielle, qu'il n'existait pas de conflit « entre le comportement prescrit par le gouvernement sud-africain et celui prescrit par la Communauté, étant donné que […] les autorités sud-africaines compétentes en matière de concurrence se sont bornées à conclure que les accords de concentration ne posaient pas de problème

(4) CJUE, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et autres c/ Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, *Rec.* p. I-13755, pt 123.

(5) CJCE, 24 novembre 1992, *Anklagemyndigheden c/ Peter Michael Poulsen et Diva Navigation Corp.*, aff. C-286/90, *Rec.* p. I-6019, pt 9.

(6) CJUE, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et autres c/ Secretary of State for Energy and Climate Change*, préc., pts 124 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

en matière de politique de concurrence, sans imposer la conclusion de tels accords » (7).

Le second aspect, plus subtile, est que parfois il suffit de constater qu'aucune limite posée par le droit international public n'a été franchie, pour que soit justifiée l'applicabilité territoriale du droit européen. C'était par exemple le cas dans l'arrêt *Poulsen*, concernant l'application du Règlement de conservation des ressources de pêche à des navires battant le pavillon d'un État tiers. Ayant constaté que la limite imposée par le droit international du droit de la mer n'avait pas été franchie, la Cour se montre satisfaite de la légitime applicabilité du droit européen, sans s'enquérir sur son intérêt à régir les situations en question en fonction de leur localisation géographique (8). Elle conçoit ainsi le droit de l'Union comme occupant, de façon presque « gazeuse », l'espace vide laissé par le droit international public. Cette technique est évocatrice des anciennes tendances de droit international privé, où la doctrine tendait à concevoir l'application du droit national comme résultant d'une répartition de compétences souveraines opérée par les règles de droit international public (9).

B. – L'interprétation fonctionnaliste du droit de l'Union

Les arrêts abordant directement les limites du droit international public restent pourtant minoritaires. Une autre technique employée par la Cour pour justifier l'applicabilité du droit de l'Union est beaucoup mieux connue, car elle apparaît dans maints domaines. Elle consiste à identifier l'objectif poursuivi par l'instrument en question, pour ensuite donner aux notions, éléments et règles qui réalisent cet objectif une interprétation extensive. On trouve assez régulièrement des formules-type telles que « cette expression ne saurait recevoir une interprétation restrictive », ou telle notion doit être « interprétée de façon large ». C'est un argument très classique en droit européen : en matière de libertés de circulation, par exemple, la Cour les élève toujours au rang de principe pour en déduire que tout élément allant en sens contraire

(7) TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/ Commission*, aff. T-102/96, *Rec.* p. II-753, pt 103.

(8) CJCE, 24 novembre 1992, *Anklagemyndigheden c/ Peter Michael Poulsen et Diva Navigation Corp.*, aff. C-286/90, *Rec.* p. I-06019. Voy. aussi CJCE, 3 juin 2008, *The Queen, à la demande de International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) et autres c/ Secretary of State for Transport*, aff. C-308/06, *Rec.* p. I-04057.

(9) D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, PUF, 2017, 4e éd., t. I, pp. 390 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à leur réalisation maximale doit être interprétée restrictivement (10). Néanmoins, l'argument a ici une efficacité toute particulière. En droit substantiel de l'Union, il sert à privilégier certaines de ses règles et réduire la portée d'autres. En revanche, par rapport à la question de son applicabilité spatiale, cet argument (rappelons, l'interprétation extensive en raison du but poursuivi ou de l'importance particulière du principe sous-jacent) a pour effet d'étendre le champ d'application du droit de l'Union pour lui faire englober des situations qui autrement seraient laissées à l'emprise exclusive des droits des États tiers.

Dans ses illustrations jurisprudentielles, cela peut concerner soit l'interprétation des points de rattachement prévus explicitement dans un texte européen qui déterminent son applicabilité, soit les notions substantielles contenues dans ce texte. Prenons l'exemple de l'arrêt *Google Spain* (11), à propos de l'applicabilité de la Directive de 1995 de protection de données personnelles (12). M. Costeja demandait à Google, sur la base du texte national de transposition de la Directive, de supprimer ou de ne pas faire apparaître dans le moteur de recherche certaines informations qui lui concernaient et qu'il souhaitait faire oublier (d'où l'importance de ce cas pour ledit « droit à l'oubli »). Pour que la Directive soit applicable, il fallait d'abord constater un « traitement de données personnelles » (champ d'application matériel), et ensuite que ce traitement soit « effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre » (champ d'application territorial). Google s'opposait en l'espèce à l'application de la Directive sur la base de deux arguments principaux, de nouveau pas totalement déraisonnables : tout d'abord, qu'il n'existait pas de traitement de données personnelles car un moteur de recherche ne fait que rendre accessibles certaines informations, qui relèvent de la responsabilité du site web où elles y figurent ; et ensuite que la société qui gère le moteur de recherche (Google Inc.) était basée aux États-Unis, le seul établissement en Espagne étant Google Spain qui se limitait à agir comme simple agent commercial de Google Inc. Pour contourner ces arguments, la Cour invoque la finalité poursuivie par la Directive, qui est

(10) Les illustrations sont trop nombreuses. Voy. par exemple l'exclusion des emplois dans l'administration public du champ matériel d'application de la libre circulation des travailleurs, ou les dites dérogations aux libertés de circulation justifiées par des exigences impératives d'intérêt général. CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, *Rec.* p. 3881.

(11) CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C-131/12, EU:C:2014:317.

(12) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE* n° L 281/31, 23 novembre 1995.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« d'assurer une protection efficace et complète des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment du droit à la vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel » (13). Parce que la Directive poursuit cette finalité particulièrement importante, nous dit la Cour, la notion de traitement de données personnelles « ne saurait recevoir une interprétation restrictive » (14). Cela justifie donc de donner à la Directive « un champ d'application territorial particulièrement large » (15), en soumettant ainsi Google Inc., société américaine, aux conditions imposées par le législateur européen (par la biais de la législation espagnole de transposition).

Au-delà de l'appel à l'interprétation extensive à partir de l'identification des buts poursuivis, la Cour a recours à l'argument par excellence du droit de l'Union, dit de l'effectivité ou de l'effet utile. Cet argument consiste à faire prévaloir une interprétation large d'un texte de droit européen pour éviter que, dans son application, l'objectif poursuivi par ce texte ne soit pas réalisé, ou pour éviter que des stratégies de contournement rendent la réalisation de cet objectif purement illusoire (16). C'est aussi l'argument le plus important et récurrent dans le domaine qui nous occupe (17). Il consiste à affirmer qu'une certaine portée territoriale (large) est indispensable pour garantir la réalisation de la finalité poursuivie. Ainsi, par rapport au droit de la concurrence, la Cour a récemment justifié qu'il s'applique à toute activité provoquant des effets anticoncurrentiels localisés dans le territoire du marché intérieur (le critère dit « des effets qualifiés »), dont la prévention est l'objectif du droit de l'Union. Comme elle le dit dans l'arrêt *Intel*, « le critère des effets qualifiés poursuit le même objectif, à savoir appréhender des comportements qui n'ont certes pas été adoptés sur le territoire de l'Union, mais dont les effets anticoncurrentiels sont susceptibles de se faire sentir sur le marché de l'Union » (18).

Le plus souvent, cet argument est présenté comme dérivant d'une préoccupation pour les stratégies de contournement des opérateurs qui

(13) CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain*, préc., pt 53.

(14) *Ibid.*

(15) *Ibid.*, pt 54.

(16) E. Dubout, « Être ou ne pas être (du droit) ? Effectivité et champ d'application du droit de l'Union européenne », in A. Bouversesse et D. Ritleng (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 87 et s.

(17) V. Moreno-Lax et C. Costello, « The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights : From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model », in S. Peers, T. Hervey, J Kenner et A. Ward (éds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart, 2014, pp. 1657-1683.

(18) CJUE, 6 septembre 2017, *Intel Corp. Inc. c/ Commission*, aff. C-413/14 P, EU:C:2017:632, pt 43.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

seraient normalement soumis au droit de l'Union (à l'instar de la notion de « fraude à la loi » en droit international privé). Toujours dans l'arrêt *Intel*, la Cour note aussi que, à défaut du critère des effets qualifiés, « faire dépendre l'applicabilité des interdictions [des ententes] édictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire auxdites interdictions » (19). Dans l'arrêt *Google Spain* précité, la Cour note que « le législateur de l'Union a entendu éviter qu'une personne soit exclue de la protection garantie par celle-ci et que cette protection soit contournée » (20).

Pour illustrer davantage cette forme d'argumentation et souligner à quel point elle domine la jurisprudence, prenons l'exemple de l'arrêt *Ingmar c. Eaton* (21). La société Ingmar, établie au Royaume-Uni, s'était mise d'accord avec la société californienne Eaton pour agir comme son agent commercial. Dans le contrat, il était prévu que toute dispute serait soumise au droit de Californie. Devant les juges, Ingmar revendique l'applicabilité de la Directive sur les agents commerciaux (22). Faute d'indications dans le texte, est-ce qu'elle trouvait vraiment à s'appliquer ? Pour répondre par l'affirmative, la Cour identifie d'abord l'objectif poursuivi par le texte, qui est de protéger la liberté d'établissement des agents commerciaux et d'éliminer toute distorsion de la concurrence. La Cour conclut ensuite que la réalisation de cet objectif exige que la Directive s'applique lorsque l'agent commercial en question exerce ses activités sur le territoire de l'Union : « La fonction que remplissent les dispositions en cause exige en effet qu'elles trouvent application dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté, notamment lorsque l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un État membre, quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre le contrat » (23).

(19) *Ibid.*, pt 44.

(20) CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C-131/12, pt 54.

(21) CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd c/ Eaton Leonard Technologies Inc.*, aff. C-381/98, *Rec.* p. I-09305.

(22) Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants ; *JOCEE* n° L 382, 31 décembre 1986, p. 17.

(23) CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd*, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. – Le politique

Nous avons ainsi présenté les techniques principales apparaissant dans les motifs des décisions de la Cour : l'interprétation réductrice du droit international public, l'interprétation large des notions et des rattachements des textes de droit de l'Union et surtout la déduction d'un champ d'application territorial apte à éviter des contournements et à rendre efficace l'instrument en question. Un certain activisme est indéniablement percevable, par ailleurs assez familier aux européanistes (24), consistant ici à favoriser l'applicabilité du droit de l'Union face aux prétentions des ordres juridiques des États tiers. On pourrait s'en tenir là pour conclure, avec des nombreux auteurs, qu'en ce domaine la Cour peine à cacher les ambitions extraterritoriales du droit de l'Union, ou qu'elle fait preuve d'activisme dans la défense de certaines valeurs telles que la protection de l'environnement ou de la vie privée. Nous ne sommes pas en désaccord avec ces conclusions, bien étayées par la doctrine (25). Il nous semble néanmoins que, du point de vue de la problématique choisie, le plus proprement remarquable de cette jurisprudence est la façon dont la Cour tente, avec un succès considérable, de lui enlever tout élément politique (A). Ces stratégies de dépolitisation s'avèrent néanmoins pour la plupart artificielles, si bien qu'il devient possible d'identifier, cachées derrière elles, des remarquables constructions qui fondent l'applicabilité du droit de l'Union sur l'appartenance à l'ordre concret de valeurs qu'il exprime et consacre (B).

A. – Les stratégies de dépolitisation

Il faut commencer par noter les termes dans lesquels la Cour présente la question de l'application territoriale du droit de l'Union, la représentation de base du problème. Le droit européen est conçu comme un instrument, un outil au service de certains buts ou valeurs abstraites, qui ne rencontre d'autres limites que celles qui dérivent des nécessités instrumentales du but envisagé (est-il nécessaire d'aller aussi loin pour

(24) J. H. H. Weiler, « The Transformation of Europe », 100 *Yale L.J.*, pp. 2403-2483 (1990-1991).

(25) J. Scott, « Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law », 62 *Am. J. Comp. L.* 87-126 (2014) ; C. Ryngaert, « Whither Territoriality ? The European Union's use of territoriality to set norms with universal effects », in *What's Wrong with International Law ?, Liber Amicorum A.H.A. Soons*, Brill – Nijhoff, 2015, pp. 434-448 ; A. Bradford, « The Brussels Effect », 107 *Nw. U. L. Rev.* 1-67 (2012-2013).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

rendre ce but efficace ?), et celles qui sont posées par le droit international public (notamment la règle de la non-extraterritorialité) (26).

C'est une représentation de l'opération du droit européen du point de vue spatial qui s'appuie sur la vision politisée du droit que nous avons décrite en introduction : un ensemble de décisions prises dans un espace de non-contrainte, asservi fonctionnellement à la poursuite de certains buts. Néanmoins, ce rapprochement du droit au politique a paradoxalement un effet de dépolitisation. Cela dérive des trois attributs que prête la jurisprudence au droit de l'Union : son *universalisme*, son *instrumentalisme*, et son caractère *additif*.

Tout d'abord, il convient de souligner l'importance de l'appel à des valeurs universelles, que l'on retrouve sans faille dans les textes législatifs et la jurisprudence. Bien entendu, la Cour ne présente jamais ses décisions comme le fruit de ses propres préférences ou de ses simples désirs. Or, ce ne sont pas non plus des intérêts d'individus ou de groupes qui sont avancés, ou même d'un territoire ou d'une communauté politique. Au contraire, la Cour s'appuie sur des intérêts ou des valeurs qui, bien que formellement consacrées en droit de l'Union, sont communes à tout le monde (27), ce qui justifie que l'on qualifie sa jurisprudence d'universaliste. Pour reprendre l'exemple de l'arrêt *Google Spain*, la Directive ne trouve pas à s'appliquer parce qu'elle vise à protéger M. Costeja, en tant que ressortissant espagnol, homme de classe moyenne, consommateur européen, etc. Plutôt, son application se justifie parce que le droit européen s'est engagé à protéger la vie privée, conçue abstraitement comme valeur universelle et sans frontières ni localisation géographique. Tout au plus, M. Costeja appartient à une « catégorie » d'individus « à travers laquelle » est réalisée la valeur de la vie privée (28). De la même manière, l'applicabilité du système d'échange de quotas d'émission de dioxyde de carbone aux aéronefs décollant ou atterrissant dans un aéroport situé sur le sol d'un État membre ne se justifie pas par le souci de protéger la santé des européens, ou de préserver

(26) Sur cette conception du droit appliqué à la question de l'applicabilité territoriale du droit, voy. A. Riles, « A New Agenda for the Cultural Study of Law : Taking on the Technicalities », 53 *Buffalo Law Review*, pp. 973-1033 (2005-2006).

(27) Cette remarque s'applique également à la forme de raisonnement que mène la Cour de justice par le biais du principe de proportionnalité. Voy. D. Kennedy, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia et S. Weatherill (éds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford et Portland Oregon, Hart, 2011, pp. 185-220.

(28) On retrouve cette expression, dont la grande abstraction est remarquable, dans les arrêts sur les agents commerciaux. Voir p.ex. l'arrêt CJUE, 16 février 2017, *Agro Foreign Trade & Agency Ltd c. Petersime NV*, aff. C-507/15, EU:C:2017129, pt 31.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la qualité de l'environnement en Europe, mais simplement parce que la Directive cherche à protéger l'environnement tout court (objectif que, par ailleurs, la Cour rattache au protocole de Kyoto, ce qui ne sert qu'à confirmer sa dimension universelle) (29).

Cet aspect – insistons, la projection universaliste qui caractérise les motifs de la Cour – est absolument décisif. Il est important de le souligner car cela entraine premièrement, par son revers, la négation d'un intérêt spécifique à l'Union (intérêt qui pourrait donc éventuellement être opposé à ceux des États tiers), susceptible de déterminer le champ d'application territorial de sa législation ou d'orienter son interprétation. Cela est cohérent avec certaines thèses doctrinales bienveillantes, qui interprètent l'action de l'Union dans ce domaine comme l'expression d'une forme de gouvernance globale décentralisée (l'idée centrale étant que, à défaut d'un législateur mondialement compétent, l'Union prendrait en charge la protection des valeurs globales telles que la protection de l'environnement, la libre concurrence ou la vie privée) (30). Or, l'appel à des valeurs universelles et délocalisées entraine aussi un certain effet de banalisation, ce qui est particulièrement significatif du point de vue de la stratégie de dépolitisation que nous cherchons à établir. La qualité universellement bénéfique des valeurs invoquées les rend non-polémiques et difficilement contestables, comme serait le propre du politique. Personne ne saurait s'opposer à des valeurs abstraites telles que l'environnement, la vie privée ou le libre commerce, qui sont dépourvues d'existence concrète (comme ce serait le cas si elles s'appuyaient sur une certaine forme de vie, un ordre concret de valeurs, une culture pratique spécifique, etc.) et qui prennent la forme d'un simple objectif à atteindre, dont la conciliation avec d'autres objectifs également louables reste à définir. À défaut de controverse possible quant aux but choisis, en soi incontestables, le débat est déplacé vers les moyens à adopter à cette fin et les compromis et sacrifices que cette poursuite devra entrainer.

Deuxièmement, la jurisprudence se caractérise aussi par *l'instrumentalisation* du droit de l'Union, terme que l'on emploie non pas pour désigner son utilisation intéressée, mais plutôt la tendance à concevoir le droit de l'Union comme un instrument asservi à la

(29) CJUE, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, *Rec.* p. I-13755, pt 128.

(30) C. Ryngaert, « Whither Territoriality ?… », préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

réalisation d'un certain but (31) (élevé au rang de valeur universelle, comme nous venons de le voir). Cette caractérisation est toujours implicitement réalisée, puisqu'elle n'est révélée que par les développements dans le raisonnement de la Cour qui ne sont possibles qu'à partir de ce point de départ. En effet, si elle affirme que telle notion doit être interprétée largement pour maximiser la réalisation de l'objectif sous-jacent, ou détermine que telle réglementation doit trouver à s'appliquer dans certaines hypothèses localisées géographiquement parce que la réalisation du but poursuivi serait autrement compromise, ces affirmations partent nécessairement du présupposé que la nature du droit de l'Union est, en l'espèce, celle d'un outil. Si ce droit n'était pas ainsi caractérisé, il n'aurait pas de sens à séparer les questions relatives aux fins de celles relatives aux moyens.

Cette caractérisation implicite est tellement commune en droit de l'Union, dominé comme il est par la pensée fonctionnaliste, que l'on oublie que d'autres caractérisations possibles sont ainsi implicitement écartées (l'expression de la raison générale, d'un certain ordre culturel, la volonté brute du souverain, etc.), sans besoin de justifier cet écart. Elle contribue en tout cas très considérablement à la stratégie de dépolitisation. La Cour peut ainsi présenter son travail interprétatif comme concernant exclusivement les moyens à mettre en œuvre, sous l'angle de l'effectivité garantie ou maximisée. Cela a l'intérêt de présenter la question du champ d'application territorial comme une détermination factuelle, étrangère à tout jugement de valeur ou de choix discrétionnaire. C'est un fait que, si la Directive « marques » (32) ne s'applique pas à Ebay, la protection qu'elle propose en ressortirait amoindrie (33). C'est aussi un fait que, si l'interdiction des ententes en droit de la concurrence ne s'applique qu'aux ententes formées sur le territoire d'un État membre, les entreprises pourront facilement l'éluder en parvenant à leurs accords anticoncurrentiels en dehors du sol européen (34). La caractérisation du droit européen comme un instrument, implicite dans les techniques de l'effet utile ou l'interprétation téléologique, s'avère ainsi un vecteur-clé de dépolitisation, car la Cour prétend par ce biais

(31) S. Francq, « Unilatéralisme versus bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », in T. Azzi et O. Boskovic, *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 49-82.

(32) Directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, *JOCEE* n° L 40/1, 11 février 1989.

(33) CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal SA et autres c/ eBay International AG et autres*, aff. C-324/09, *Rec.* p. I-6011.

(34) *Intel*, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ne pas opérer de choix mais se limiter à surveiller l'aptitude technique des moyens mis en oeuvre pour réaliser les buts poursuivis (35).

Enfin, la dépolitisation est également réalisée par le biais d'un troisième attribut que la jurisprudence prête au droit de l'Union, qui est son caractère essentiellement *additif*. La Cour présente régulièrement l'action de ce droit comme consistant en des interventions de protection : faire avancer telle valeur, favoriser tel intérêt, garantir des droits, donner davantage en ce sens, etc. La situation de M. Costeja, dans le cas *Google Spain*, est nécessairement meilleure grâce à l'application du droit européen, qu'elle ne l'aurait été si le droit européen l'avait laissé en dehors de son manteau protecteur. L'applicabilité du système d'échanges de quotas dans l'arrêt *AATA* ne peut qu'ajouter à la protection de l'environnement. La société britannique Ingmar doit à l'applicabilité de la Directive sur les agents commerciaux indépendants la possibilité de recevoir une indemnité à la fin de son contrat avec la société américaine Eaton. L'application de la Convention de Bruxelles (36) se justifie dans l'arrêt *Owusu* par la protection juridique qu'elle offre aux personnes établies dans le territoire de l'Union (37). Dans la jurisprudence étendant le droit européen de la concurrence à des entreprises établies en dehors du territoire des États membres, le libre marché est garanti au sein de l'Union et, par ce biais, les consommateurs européens profitent de son action protectrice.

À l'inverse, dans tous ces arrêts, les parties qui subissent négativement l'application du droit de l'Union sont situées en dehors de ses frontières. Google Inc., Eaton, les compagnies aériennes, Intel, etc. Les perdants de ces histoires ne sont pas des européens. La Cour réussit à prêter ainsi à l'action du droit de l'Union un caractère qui, du point de vue européen, est entièrement bénéfique. Puisqu'elle agit toujours dans un sens protecteur, son intervention ne génère pas, au sein de l'Europe, des perdants ou des sacrifices, ce qui est le propre du politique. Les sacrifices qu'elle impose aux non-européens ne sont que le revers de la protection qui est voulue pour les personnes établies en Europe, et imposés par la logique de la nécessité instrumentale. Si les rôles s'étaient inversés dans ces arrêts, la réponse aurait été opposée. Si M. Costeja était en réalité résidant en Californie et Google était une

(35) Cette stratégie est présente dans d'autres domaines, dont notamment en matière de libre circulation. Voy. notre article : « From Hercules to Pareto : Of bathos, proportionality, and EU law », (2017) *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, n° 3, pp. 621-648.

(36) Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

(37) CJUE, 1er mars 2005, *Andrew Owusu c/ N. B. Jackson*, aff. C-281/02, *Rec.* p. I-01383.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

multinationale espagnole, la protection conférée par le droit européen aux données privées n'aurait pas trouvé à s'appliquer. Si l'entente avait été conclue par des entreprises européennes pour être mise en oeuvre en dehors de ses frontières, l'applicabilité du droit de la concurrence n'aurait pas été affirmée. Si l'agent Ingmar avait été une société américaine et Eaton avait été un commettant établi au Royaume-Uni, la Cour aurait sans doute écarté l'application de la Directive (comme elle l'a fait dans l'arrêt *Agro Foreign Trade*, où l'agent établi en Turquie perd de ce fait, malgré la nationalité belge du commettant, le bénéfice de l'application de la Directive) (38).

Somme toute, il s'agit d'une stratégie de dépolitisation originale et très efficace. D'un côté, on part de l'acceptation du rôle politique du droit, puisque le droit de l'Union est conçu comme instrument au service de la réalisation de certaines valeurs et politiques. Pour autant, d'un autre côté la Cour présente l'action du droit européen comme limité à offrir des moyens techniques au service de valeurs universelles et supposant des bénéfices concrets.

Nous verrons pourtant que cette stratégie peut être déconstruite, comme peinant à cacher l'intensité du rôle politique exercé par la Cour.

B. – La construction cachée

Nous avons identifié les éléments principaux du discours de la Cour, qui cherchent à évacuer toute dimension politique de son œuvre jurisprudentielle. En réalité, chacun de ces éléments contribue au rôle politique exercé par la Cour, puisqu'ils servent tous, chacun à sa manière, à cacher des constructions essentielles.

Tout d'abord, c'est l'abstraction des valeurs universelles qui occulte beaucoup. C'est probablement l'artifice principal du raisonnement de la Cour, la clé-de-voûte de sa stratégie de dépolitisation. Elle persiste à présenter l'action du droit de l'Union comme asservie à des abstractions. En réalité, elle sert bien à exprimer et préserver un certain ordre concret, situé territorialement dans le monde, et composé par des individus réels et des cultures spécifiques. Ainsi, il est profondément artificiel de prétendre que la protection qui est offerte à M. Costeja ou à la société Ingmar est nécessaire pour réaliser les valeurs universelles auxquelles est asservie le droit européen, ou d'identifier les agents commerciaux comme une simple « catégorie » à « travers » laquelle

(38) *Agro Foreign Trade*, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

est protégée la liberté d'établissement (39). L'invocation des valeurs universelles n'a aucun pouvoir explicatif, puisque la discrimination des personnes établies hors Europe est laissée sans justification. L'inverse est donc vrai : le citoyen Costeja et la société Ingmar sont protégées du fait de leur établissement au sein de l'Europe, parce qu'ils appartiennent au champ où cette protection est garantie, parce qu'ils sont intégrés dans l'ordre concret que réalise le droit de l'Union. L'identification de ce lien d'appartenance est pourtant, dans la plupart de cas, totalement invisible.

En réalité, la notion de valeur, de nature abstraite, n'est d'aucune utilité pour déterminer la portée territoriale d'un système juridique ou même d'une règle particulière, si ce n'est que pour affirmer qu'elle vaut universellement et contre tout obstacle (40). C'est d'ailleurs la position d'une partie importante de la doctrine, qui, comme nous l'avons signalé, soutient que le droit de l'Union occupe tout l'espace que lui laisse le droit international public pour effectuer une gouvernance véritablement globale (41). Pourtant, pour acquérir une force juridique opérationnelle qui va au-delà de la simple rhétorique, les valeurs appellent nécessairement une concrétisation, autant du point de vue substantiel (jusqu'où protéger telle valeur ? comment le concilier avec d'autres valeurs ? à qui de lui donner forme et expression ?) que spatial (quelle est l'étendue géographique de cette concrétisation ? qui y est soumis ?), donnant ainsi lieu à un ordre concret de valeurs. La réalité de la jurisprudence, qui réalise cette concrétisation, est ainsi infiniment plus riche, puisque l'applicabilité du droit de l'Union y est étendue et limitée en fonction de facteurs complexes, sans tenir à peine compte des règles de droit international public et favorisant des rattachements de type personnel. Il s'agit d'une logique similaire au mécanisme de l'ordre public de proximité en droit international privé, lequel permet de délimiter le champ d'application des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue » à l'aide de rattachements personnels (42). De la même manière, les arrêts que nous commentons servent à donner au droit de l'Union un champ

(39) *Ibid.*, pt 31.

(40) C. Schmitt, « La tyrannie des valeurs », in I. Koch et N. Lenoir (éds.), *Démocratie et espace public : quel pouvoir pour le peuple ?*, Hildesheim/Zürich/New York, Georg Olms, coll. « Europaea Memoria », 2008.

(41) A. Bradford, « The Brussels Effect », préc.

(42) Selon la définition de l'ordre public international établie dans le fameux arrêt *Lautour*, Cass. Civ. 25 mai 1948, *Rev. Crit.* 1949. 89, note Batiffol. Sur l'ordre public de proximité, appliqué en droit de l'Union, voy. M. Fallon, « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », *Mélanges Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 241-262.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'application de type personnel, et ce faisant constituent une communauté d'individus appartenant à l'ordre de valeurs qu'il exprime et consacre.

Ces considérations contribuent à montrer le caractère parfaitement fallacieux, à tout le moins par rapport à la question du champ d'application territorial du droit de l'Union, du recours au principe d'effet utile. Conformément à la logique fonctionnaliste qui irrigue toute sa jurisprudence, la Cour prétend aborder l'applicabilité spatiale du droit européen comme un problème de nature purement instrumentale, si bien que les rattachements identifiés pour rendre tel ou tel autre instrument applicable sont justifiés comme nécessaires pour garantir la réalisation de l'objectif poursuivi. Rappelons ainsi, pour revenir sur les exemples que nous avons développés, que l'agent Ingmar ne profite de l'application du droit européen que parce que cela est nécessaire pour réaliser l'objectif poursuivi par la Directive « à travers la catégorie des agents commerciaux » (43), et que M. Costeja trouve l'appui du droit de l'Union face à Google car cela dérive de l'impératif de l'efficacité. Le raisonnement inverse aurait été moins inexact, puisque c'est le champ d'application du droit européen qui nous donne l'objectif poursuivi. Et à vrai dire, l'argument ne serait irréprochable que si toute référence fonctionnaliste était exclue : tout calcul instrumental ou détermination technique des moyens à mettre en œuvre est absent ou simplement secondaire, la question centrale étant celle de la délimitation d'un champ d'appartenance (44), question indispensablement liée à la concrétisation d'un ordre de valeurs que la Cour a horreur d'identifier explicitement.

Enfin, il est également trompeur de comprendre l'intervention du droit européen comme purement protectrice et inoffensive. Il faut d'abord tenir compte du fait que le besoin de protection des personnes établies au sein de l'Union justifie l'imposition, qui ne rencontre guère de limites territoriales, de fortes obligations sur des individus et entités, quelle que soit leur localisation géographique. Cette externalisation des coûts va évidemment à l'encontre du caractère additif du droit de l'Union. Ensuite et surtout, la Cour établit quelque chose de plus qu'une

(43) *Ingmar*, pt 24. Cette partie du raisonnement de la Cour a été critiquée. Pourtant, les critiques ne remettaient pas généralement en cause sa structure fonctionnaliste, mais plutôt l'application de cette logique au cas concret, qui aurait dû aboutir à l'exclure du champ d'application de la Directive car non nécessaire pour effectuer l'objectif poursuivi. Voy. p. ex. la note L. Idot, *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 107.

(44) Pour une interprétation du droit international privé à partir de l'idée de l'appartenance, voy. P.S. Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge University Press, 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

relation de pure protection, même à l'égard des personnes établies en Europe. Le lien d'appartenance qui dérive d'une connexion étroite avec l'Union justifie l'imposition d'un socle juridique aussi contraignant que protecteur. Le traitement des agents commerciaux permet de l'illustrer. Rappelons que, dans l'arrêt *Ingmar*, la Cour conclut que la localisation des activités de la société Ingmar ne déclenche pas seulement l'applicabilité de la Directive sur les agents commerciaux, elle justifie également son caractère internationalement impératif, passant ainsi outre le choix des parties du droit californien comme applicable à leur contrat d'agence. Les spécialistes de droit international privé ont critiqué cette décision du fait que la Cour semble ignorer la distinction entre ordre public interne et ordre public international, soit entre les lois qui s'imposent aux parties dans un cadre purement national et celles plus exceptionnelles qui s'imposent aux parties dans un litige international (45). Au lieu de reconnaître et s'appuyer sur cette distinction, la Cour conclut que, parce que la Directive est applicable (du fait de l'établissement d'Ingmar dans un État membre), elle est nécessairement impérative. Il ne s'agit pourtant pas d'une erreur. Il est possible de comprendre la position de la Cour comme consistant à refuser d'admettre qu'il puisse y avoir une liberté de choix en dehors du champ d'application du droit européen, que les parties puissent se situer au-dessus de ce droit en partant de leur seule autonomie privée. Bien que dans les relations intracommunautaires, le droit de l'Union soit généralement soupçonné d'opérer dans un sens libéral, favorisant par exemple le principe du pays d'origine ou même la possibilité de choisir le droit applicable (46), sa projection à l'égard des droits des pays de tiers est pleinement impérative.

Loin de réduire le droit de l'Union à un simple produit législatif que les parties pourraient librement incorporer dans leurs relations privées, la Cour affirme que l'autonomie privée n'est concevable qu'à partir de l'enracinement des parties privées dans son champ d'application (ce qui rend donc la distinction entre règles nationalement et internationalement impératives inutile). La vigilance de la Cour à l'égard des frontières du droit européen s'étend aussi à l'égard des ordres juridiques non-nationaux : elle refuse par exemple d'accepter de compromettre la pleine applicabilité du droit de l'Union par un quelconque principe de faveur pour l'arbitrage, malgré le choix des parties d'y soumettre

(45) S. Francq, « The scope of Secondary Community Law in the Light of the Methods of Private International Law – or the other way around ? », *Yearbook of Private International Law*, Vol. 8, pp. 333-378 (2006).

(46) Voy. p. ex. notre article, « The Constitutionalisation Party Autonomy in European Family Law », (2010) *Journal of Private International Law*, p. 155.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

leurs différends (47). Cela explique aussi la position de la Cour dans l'arrêt *Owusu*. L'applicabilité de la Convention Bruxelles est ici justifiée comme visant à garantir la protection juridique du défenseur, domicilié dans un État membre de l'Union, par les tribunaux de ce pays. Pourtant, comme la doctrine n'a pas manqué de le signaler (48), cet argument était pour le moins paradoxal vu qu'en l'espèce c'était le défenseur qui soulevait l'exception de *forum non conveniens* pour empêcher les juges anglais de connaître le litige. L'idée centrale est donc la même que dans l'arrêt *Ingmar* : pour les personnes appartenant au champ d'application du droit de l'Union, il n'y a pas de liberté pour sortir de ce droit, qui à leur égard se veut inflexiblement impératif.

Somme toute, l'applicabilité du droit européen n'est pas une fonction purement instrumentale, même dans les domaines purement économiques ou privés (49). Elle ne se limite pas non plus à offrir, de façon inoffensive, davantage de protection. C'est finalement un lien d'appartenance, malgré les difficultés à le définir et son occultation jurisprudentielle, qui détermine son applicabilité. Ici se trouve l'apport principal et véritablement politique de la jurisprudence étudiée.

(47) CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV*, aff. C-126/97, *Rec.* p. I-03055.

(48) Voy. la note sous l'arrêt de C. Chalas, *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 698.

(49) Il est intéressant de noter que, dans son arrêt précité *Agro Foreign Trade*, la Cour indique que la Directive sur les agents commerciaux indépendants ne se limite pas à poursuivre « une finalité purement économique », mais vise à assurer le « développement des libertés économiques pour permettre une libre circulation des personnes d'ordre général, qui serait comparable à celle applicable, selon l'article 21 TFUE, aux citoyens de l'Union » (pts 42-43).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Le champ d'application territorial du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 5.

L'INVOCABILITÉ DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX

Ludovic Pailler

Maître de conférences en droit privé, Université Lyon III (EDIEC-CREDIP)

Dès l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux, l'aptitude des droits fondamentaux à être utilisés devant le juge fut l'objet de lourdes tractations. Deux questions nécessitèrent notamment que ses rédacteurs fassent preuve d'un talent d'équilibriste pour concilier les tendances antagonistes. La première tenait à la détermination du champ d'application de la Charte, la seconde à la justiciabilité des droits sociaux qu'elle consacre (1). Chacune est censée avoir donné lieu à des dispositions et explications encadrant le pouvoir du juge de sorte à laisser croire que tout choix politique relativement à l'invocabilité de la Charte a été épuisé par la convention, organe politique (2), qui en est à l'origine.

Le lecteur attentif ne s'était toutefois pas laissé prendre par ces apparences trompeuses dès lors que les équilibres établis l'ont été sur des ambigüités entendues (3), d'une part, et qu'il est d'autres questions tenant à l'invocabilité des droits consacrés, dont leur effet horizontal, qui n'ont pas été totalement résolues, d'autre part. Les explications du *Praesidium* qui accompagnent le texte de la Charte et doivent être

(1) G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001, pp. 44 et s. et pp. 250 et s., R. Badinter in « La Charte des droits fondamentaux à la lumière des travaux de la convention sur l'avenir de l'Europe », *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan « Libertés, justice, tolérance »*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 143.

(2) La convention chargée de rédiger la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne était composée de représentants des institutions européennes et nationales, également représentants des exécutifs et des parlements à chacun des deux niveaux.

(3) Pour exemple, les intitulés et les termes par lesquels les droits fondamentaux sont consacrés dans la Charte ne permettent pas de distinguer clairement ceux qui sont des droits à proprement parler, et dont il était dès l'origine admis qu'ils sont pourvus d'un effet direct, de ceux qui sont des principes ou droits sociaux, dotés d'une justiciabilité normative, c'est-à-dire ne pouvant être invoqués qu'à condition d'être par ailleurs mis en œuvre par un acte de l'Union ou par le droit national.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

prises « dûment en considération » (4) ne contenaient guère d'éléments propres à permettre de répondre à ces interrogations. Elles n'ont pas non plus été résolues par la seconde convention qui a seulement « adapté » (5) le texte de la Charte avant son entrée en vigueur. Au contraire, cette dernière n'a fait qu'ajouter du brouillard à la fumée en ajoutant à l'article 52, relatif à la portée des droits consacrés, quatre nouveaux paragraphes dont un a trait à l'invocabilité des droits sociaux consacrés par la Charte. Sur ce dernier point, cet ajout confirme et prolonge la crainte des rédacteurs de la Charte tenant à l'avènement d'un gouvernement des juges européens au moyen des droits fondamentaux, laquelle explique les dispositions redondantes dans le droit primaire (6), comme si la répétition devait mieux assurer la limitation du pouvoir du juge sur fond de méthode Coué. Il en résulte, en substance, que les droits sociaux fondamentaux ou principes ne peuvent être utilisés que pour interpréter et contrôler la légalité des actes nationaux ou de l'Union qui les mettent en œuvre (7).

Toutefois, à considérer que le rôle politique de la Cour de justice ressort des arbitrages qu'elle a opéré entre différentes options de solutions toutes juridiquement valables, toute la matière jurisprudentielle relative à l'invocabilité ne revêt pas la même importance. L'invocabilité des principes est marquée par des choix d'ordre politique opérés par la Cour de justice, tout particulièrement lorsqu'elle la subordonne et la limite à celle de l'acte qui la met en œuvre (8). S'agissant de droits sociaux fondamentaux, ces choix sont essentiellement liés à la politique sociale, laquelle est l'objet d'une étude distincte dans ce même volume (9). Les autres questions relatives à l'invocabilité sont bien moins significatives encore du rôle politique de la Cour de justice et d'une importance moindre (10).

(4) Art. 6, § 1, al. 3, *in fine*, TUE.

(5) Art. 6, § 1, alinéa 1, TUE.

(6) R. Badinter, *loc. cit.*

(7) Art. 51, § 5, CDFUE ; protocole n° 30, annexé au traité de Lisbonne, sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union à la Pologne et au Royaume-Uni. Cette limitation de l'invocabilité ressort également de certaines des dispositions de la Charte qui consacrent ces droits sociaux fondamentaux. Ainsi en est-il lorsque, par exemple, il est renvoyé aux « cas et conditions prévus par le droit communautaires et les législations et pratiques nationales » (art. 27).

(8) CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:201, *D.* 2014, p. 705, note S. de la Rosa, *Dr. soc.*, 2014, p. 408, note J. Icard, *Europe*, 2014, comm. 112, obs. D. Simon, *RDLF*, 2014, chron. 14, note R. Tinière, *RUE*, 2015, p. 33.

(9) Voy. l'étude de Stéphane de La Rosa, « La politique sociale ».

(10) Celle de l'effet horizontal a été résolue dans l'affaire *Association de médiation sociale* (*préc.*). La question de l'applicabilité *ratione temporis* est encore assez floue et la Cour de

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Aussi le champ d'application matériel de la Charte, que détermine l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, et qui fut l'objet d'une attention plus importante encore que les principes (11), constituera-t-il notre unique sujet d'étude du rôle politique de la Cour de justice. Encore pouvons-nous préciser plus avant la matière de ces travaux. En effet, la principale question dont les juges de Luxembourg ont été saisis est celle du sens à donner à l'expression qui détermine les cas dans lesquels le respect de la Charte s'impose aux autorités des États membres, celle de « mise en œuvre du droit de l'Union ». Elle a pourtant été choisie pour son caractère restrictif, plus rigoureux et plus précis que celle visant l'action des États membres dans le champ d'application ou le cadre du droit de l'Union (12). Elle est également une traduction du principe de subsidiarité (13), ce dont il résulte qu'elle constitue une situation exceptionnelle et devrait dès lors donner lieu à une interprétation stricte. Les explications du *Praesidium* n'en affirmaient pas moins qu'« il résulte *sans ambigüité* [cnqs] de la jurisprudence de la Cour que l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux États membres que lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union » (14). L'équivoque était encore renforcée par la mention d'arrêts de la Cour de justice qui, alors qu'ils sont censés éclairer le lecteur, font référence les uns à la notion de mise en œuvre (15), les autres à celle de champ d'application (16).

---

justice n'a pas arrêté une position de principe. Ses décisions varient sur ce point, voire se contredisent, non sans opportunité.

(11) Art. 6, § 1, al., 2 et 3 TUE ; alinéa 5 du Préambule et art. 51, § 2, CDFUE ; déclaration n° 1, annexée au traité de Lisbonne, sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, déclaration n° 53, annexée au traité de Lisbonne, de la République tchèque sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. V. également s'agissant des conséquences de l'adhésion de l'UE à la Convention EDH, art. 6, § 2, TUE.

(12) G. Braibant, *op. cit.*, p. 251.

(13) *Ibid.*

(14) Les explications de 2000 se référaient au « cadre du droit communautaire » (« Texte des explications relatives au texte complet de la Charte, tel que repris au doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50 », CHARTE 4473/100 CONVENT 49). Or, cette expression avait été écartée du texte de la Charte, à la demande du Président Herzog, à raison de son caractère vague et large (G. de Kerchove et C. Ladenburger, « Le point de vue d'acteurs de la convention », in J.-Y. Carlier et O. de Schutter (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 213, G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, coll. Points, 2001, p. 251 ; sur les différentes expressions débattues, voy. S. Koukoulis-Spiliotopoulos, « De Biarritz à Nice : le projet de Charte des droits fondamentaux est-il bien articulé avec le droit de l'Union », *Gaz. Pal.*, 31 octobre 2000, p. 18).

(15) CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. C-5/88, *Rec.* p. 2609, pt 17 ; CJCE, 13 avril 2000, *Karlsson*, aff. C-292/97, *Rec.* 2737, pt 37.

(16) CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* I-2925, pt 42, *JDI*, 1992, p. 470, note M.-A. Hermitte, *RTD Com.*, 1993, p. 436, obs. C. Bolze ; CJCE, 18 décembre 1997, *Annibaldi*,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cette incertitude textuelle, couplée à une certaine confusion du juge national quant aux rôles respectifs de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'Homme, est à l'origine, à ce jour, de quelques quarante ordonnances d'incompétence manifeste à raison de la seule invocation de la Charte, d'une trentaine d'arrêts de chambre et de huit arrêts de Grande Chambre venant préciser la notion de mise en œuvre du droit de l'Union. Les conclusions des avocats généraux sur la question, quelques fois passionnées (17) voire audacieuses (18), sont plus nombreuses encore. Cet ensemble jurisprudentiel ne se caractérise pas moins par quelques décisions constituant des points de référence quant à l'interprétation de la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union » et, pour le reste, par une particulière granulosité qui empêche encore d'en dessiner une représentation en lignes claires.

Les arrêts sur cette question sont chaque année plus nombreux tant l'invocation de la Charte s'est banalisée (19). À défaut de pouvoir mener une étude exhaustive de cette jurisprudence pour essayer d'y déceler les choix politiques opérés par la Cour de justice, la présente recherche se concentrera sur ses arrêts les plus significatifs à cet égard qui, pour la très grande majorité, ont été rendus par sa formation la plus solennelle. Il en ressort que la Cour de justice a résolument poursuivi sur la lancée qui était la sienne dès avant la proclamation et l'entrée en vigueur de la Charte. Les principes généraux du droit communautaire, qui étaient alors les vecteurs des droits fondamentaux, étaient dotés d'un large champ d'application. La Charte n'a pas tardé à recevoir le même traitement. Des décisions interprétant la notion de mise en œuvre du droit de l'Union, il ressort un mouvement général d'extension de la notion de mise en œuvre du droit de l'Union (I), laquelle n'en est pas moins l'objet d'une instrumentalisation ambivalente (II), du moins de prime abord. En effet, et ce sera l'objet de la démonstration, derrière les contours juridiques encore incertains de la notion de mise en œuvre

aff. C-309/96, *Rec.* I-7493, pt 13, *CDE* 2001, p. 15, note O. PETER, *Europe* 1998, comm. 37, obs. F. GAZIN.

(17) Voy. par exemple, les conclusion de l'avocat général Pedro Cruz Villalón sous CJUE (gde ch.), 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, pts 25 et s.

(18) Pour exemple, l'avocat général Eleanor Sharpston a proposé que « pourvu que l'Union européenne dispose d'une compétence (qu'elle soit exclusive ou partagée) dans un domaine juridique particulier, les droits fondamentaux de l'Union européenne protègent le citoyen de l'Union européenne, *même si cette compétence n'a pas encore été exercée* [cnqs] » (concl. sous CJUE (gde ch.), 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, *Rec.* I-1177, pts 163 et s.).

(19) La Cour de justice rend assez régulièrement des ordonnances concluant à son incompétence manifeste dans lesquelles elle rappelle inlassablement que « les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, à elles seules fonder [sa] compétence » (voy., pour ex., CJUE, Ord., 10 novembre 2016, *Pardue*, aff. C-321/16, EU:C:2016:871, pt 19).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'Union (20) transparaît une série de choix au travers desquels la Cour de justice détermine les domaines dans lesquels son interprétation des droits fondamentaux doit prévaloir au détriment de l'interprétation nationale, voire même de l'autre interprétation européenne.

I. – Extension générale de la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union »

La Cour de justice ne revient pas sur l'idée que la Charte n'a pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des activités humaines. Son article 52, paragraphe 2, comme d'autres textes du droit primaire, s'y opposent clairement (21). La notion de « mise en œuvre du droit de l'Union » implique que le champ d'application de la Charte soit limité puisque l'Union n'est dotée que d'une compétence d'attribution (22). Restait à la Cour de justice à déterminer l'étendue de ces limites. En donnant à la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union » l'acception la plus large possible (A), elle fit un premier choix univoque en faveur de l'extension de l'applicabilité matérielle de la Charte qu'elle accentua en contournant la limite qu'impose la caractérisation d'une situation de mise en œuvre du droit de l'Union par une interprétation extensive de cette dernière notion (B).

A. – Acception large

Les explications du *Praesidium*, par leur ambigüité, offraient à la Cour de justice de choisir entre une acception stricte, fondée sur la lettre de la Charte et l'intention apparente de ses rédacteurs (23), et une acception large, soutenue majoritairement par la doctrine (24). La

(20) Voy., notamment, C. Nivard, « Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux », in A. Biad et V. Parisot (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bilan d'application*, Bruxelles, Anthemis, 2018, p. 31, spéc. pp. 42 et s.

(21) Cf. *supra*.

(22) E. Neframi, « Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution », *Mélanges en l'honneur de Claude Blumann « L'identité du droit de l'Union européenne »*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 431.

(23) Cf. *supra* ; sur une lecture *a priori* restrictive, O. de Schutter, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in J.-Y. Carlier et O. de Schutter (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 117.

(24) Voy. notamment, F. Picod, « Article II-111 », in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Tome II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant 2005, p. 643, G. de Kerchove et C. Ladenburger, « Le point de vue d'acteurs de la convention », in J.-Y. Carlier et O. de Schutter (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 213 ; M. Safjan,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

première visait à limiter l'applicabilité de la Charte aux hypothèses dans lesquelles les États membres étaient intervenus afin d'exécuter ou de transposer le droit de l'Union tandis que la seconde visait à étendre le champ d'application de la Charte à toute situation qui entretient un lien suffisant avec le droit de l'Union. Un auteur a justement remarqué qu'en réalité, le choix à opérer était celui de retenir une approche intergouvernementale ou une approche constitutionnelle de la Charte (25).

Le choix de la Cour de justice de retenir l'approche constitutionnelle, c'est-à-dire l'acception la plus large de la notion de mise en œuvre du droit de l'Union, n'a été clairement explicité que dans son arrêt de Grande chambre *Åkerberg Fransson* par une formule générale et univoque. En effet, après avoir lié dans diverses affaires application du droit de l'Union et applicabilité de la Charte (26), elle affirme que, sans autres conditions, « [l]'applicabilité du droit de l'Union *implique* [cnqs] *celle des droits fondamentaux garantis par la Charte* » (27).

Cette affirmation, et le choix qu'elle traduit de faire des droits fondamentaux l'« ombre » du droit de l'Union (28), sont d'autant moins surprenants qu'ils s'inscrivent dans la continuité de la jurisprudence de la Cour relative au champ d'application des principes généraux du droit communautaire. Il eut été incohérent de conférer à ces deux sources de droit fondamentaux (29) un champ d'application différent alors que, les principes généraux du droit communautaire ayant été codifiés dans la

« Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union : Fields of Conflict ? », *EUI Working Paper Law 2012/22*, M. Dougan, « The Treaty of Lisbon 2007 : Winning Minds, Not Hearts », *CMLR* 2008, p. 617, spéc. pp. 664-665.

(25) A. Bailleux, note sous les arrêts CJUE (gde ch.), 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, et CJUE (gde ch.), 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, *RTDH*, 2014, p. 215.

(26) Voy. notamment, CJUE, Ord., 1er mars 2011, *Chartry*, aff. C-457/09, *Rec.* I-819, pts 22 et 23, *Europe*, 2011, comm. 154, obs. D. Simon ; CJUE, 12 mai 2011, C-391/09, *Runevič-Vardyn*, *Rec.* I-3787, pt. 90, *AJ fam.*, 2011, p. 332, obs. V. Avena-Robardet, *Europe*, 2008, comm. 238, obs. D. Simon, *RDLF*, 2012, chron. n° 6, note F. Viangalli [http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=1634], *RTDE*, 2012, p. 405, obs. F. Benoît-Rohmer ; CJUE (gde ch.), 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, *Rec.* I-11315, pt. 72, *D.* 2012, p. 390, obs. F. Jault-Seseke, *Europe*, 2012, comm. 7, obs. A. Rigaux, *RDUE*, 2011, p. 731, note C. Brière, *RMC* 2013, p. 45, chron. E. Sabatakis, *RTDE*, 2012, p. 398, obs. F. Benoît-Rohmer, *ibid.*, p. 630, obs. E. Pataut.

(27) CJUE (gde ch.), 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, *Rec. num.*, pts 17 à 21, *AJDA*, 2013, p. 1154, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabere, *AJ pénal*, 2013, p. 270, note C. Copain, *CDE*, 2014, p. 283, note A. Épiney, *Europe*, 2013, comm. 154, obs. D. Simon, *JCP G*, 2013, 312, obs. F. Picod, *JDI*, 2014, p. 651, obs. D. Dero-Bugny, *RDLF*, 2013, chron. 11, note S. Platon, *RFDA*, 2013, p. 1231, obs. L. Clément-Wilz, *RGDIP*, 2014, p. 333, note D. Appanah, *RTD civ.*, 2014, p. 312, note L. Usunier, *RTDE*, 2013, p. 267, note D. Ritleng ; voy. également L. Delgado, « Mise en œuvre du droit de l'Union et principe *ne bis in idem*… précisions jurisprudentielles sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux », [http://www.gdr-elj.eu], 11 mars 2013.

(28) K. Lenarts et J. A. Gutierez-Fons, « *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice* », in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, et A. Ward (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights : A Commentary*, München, Oxford, Baden-Baden, Hart, Nomos, 2014, p. 1568.

(29) Art. 6 TUE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Charte, leur contenu matériel est identique. En outre, une telle régression du champ d'application de la protection des droits fondamentaux issu de la Charte n'aurait certainement pas pu être décidée par la seule Cour de justice, au risque que soit dénoncé un gouvernement des juges. Elle n'aurait pu résulter que d'un texte univoque (30).

Aussi le rôle politique ressort-il moins de la position d'ordre général par laquelle la Cour donne à la Charte un champ d'application corrélatif à celui du droit de l'Union que de l'utilitarisme qui en résulte. En effet, si l'applicabilité de la Charte aux situations de dérogations aux libertés de circulation (31), voire même à celle de dérogation au droit dérivé dans les conditions prévues par ce dernier (32) n'est pas surprenante, elle l'est lorsqu'est en cause un lien indirect avec le droit dérivé de l'Union. Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt *Åkerberg Fransson*, n'était pas en cause l'exécution ou la transposition du droit dérivé de l'Union mais des dispositions nationales prévoyant des sanctions fiscales et des poursuites pénales pour des faits de fraude fiscale notamment en matière de TVA. Ces dernières ont été considérées comme mettant en œuvre le droit de l'Union dans la mesure où elles assurent la sanction du droit dérivé dans l'esprit d'une disposition de droit primaire obligeant les États à lutter contre les activités illicites portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Il résulte de cette interprétation large une extension dans la mesure où la Charte est susceptible de s'appliquer à des dispositions nationales qui n'ont pas pour objet de le mettre spécialement en œuvre et dans des hypothèses où le droit de l'Union n'est pas lui-même applicable à l'espèce.

Ce mouvement d'extension a suscité une certaine crispation, notamment en Allemagne où la Cour constitutionnelle, rétive à une appréhension purement abstraite du champ d'application du droit de l'Union ou à la prise en compte d'un simple effet *de facto* sur le droit de l'Union, adressa une forme d'avertissement à la Cour de justice (33). Il

(30) D. Sarmiento, « Who's Afraid of the Charter ? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights protection in Europe », *CMLR*, 2013, p. 1267, spéc. p. 1277.

(31) Voy., formulant cette remarque en distinguant entre appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto* de la notion de mise en œuvre du droit de l'Union, A. Rosas, « When Is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level », *Jurisprudence* 2012, vol. 19, p. 1269, spéc. pp. 1280-1281.

(32) Voy., dès avant l'arrêt CJUE (gde ch.), 21 décembre 2011, *N.S.*, aff. C-411/10, *Rec.* I-13905, pts 64 à 69, *Europe* 2012, étude 4, note F. Gazin, *JDI* 2012, p. 716, chron. D. Dero-Bugny, *Lettre « Actualité Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 décembre 2011, note M.-L. Basilien-Gainche, *RDUE*, 2012, p. 121, note A. Mattera, *RTDE*, 2012, p. 401, obs. F. Benoît-Rohmer.

(33) *Bundesverfassungsgericht*, 24 avril 2013, Fichier central pour la lutte contre le terrorisme, BvR 1215/07, *RTDE*, 2014, p. 228, note O. Joop.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sembla alors avoir été dûment pris en compte par celle-ci dès lors qu'elle entreprit, dans son arrêt *Siragusa* de préciser les critères de mise en œuvre du droit de l'Union (34). L'arrêt commence par énoncer que « la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union » […] impose l'existence d'un lien de rattachement d'un certain degré dépassant le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre » (35). Même s'il y a là un certain « effort de confinement » (36), qui ressort de la reprise des termes de l'arrêt *Annibaldi* (37), elle consacre un autre critère tenant à l'atteinte à « l'unité, à la primauté et à l'effectivité du droit de l'Union » (38). Malgré le renvoi à des arrêts dans lesquels le droit national, et plus précisément les dispositions constitutionnelles des États membres, étaient invoquées pour faire échec au bon fonctionnement du droit de l'Union (39), ce critère subsidiaire, qui n'est pas autrement limité à cette hypothèse, est potentiellement extensif dès lors qu'il est suffisamment souple pour donner lieu à une application purement utilitariste.

Le self-restraint de la Cour de justice paraît n'être finalement qu'un trompe l'œil, ou à tout le moins, une tentative de la dixième chambre qui rendit l'arrêt *Siragusa* de marquer un coup d'arrêt. Néanmoins, la formule la plus forte cet arrêt excluant la mise en œuvre dans les situations de voisinage du droit de l'Union ou d'incidence indirecte sur le droit de l'Union n'a pas fait florès (40). Qu'il ne se soit agi que

(34) CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13, EU:C:2014:126, *Europe*, 2014, comm. 190, obs. F. Gazin, *RFDA*, 2014, p. 985, obs. L. Clément-Wilz.

(35) *Ibid.*, pt 24.

(36) S. Platon, « Applicabilité et inapplicabilité de la Charte des droits fondamentaux aux États : la ligne jurisprudentielle sinueuse de la Cour », *Journal d'actualité des droits européens*, [http://jade.u-bordeaux4.fr/], 7 mai 2014.

(37) « Pour déterminer si une réglementation nationale relève de la mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte, il y a lieu de vérifier, parmi d'autres éléments, si elle a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci ne poursuit pas des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier, ainsi que s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter » (CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, préc., pt 25 ; CJCE, 18 décembre 1997, *Annibaldi*, aff. C-309/96, *Rec.* p. I-7493, pts 21 à 23, *CDE*, 2001, p. 15, note O. Peter, *Europe*, 1998, comm. 37, obs. F. Gazin).

(38) CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, préc., pt 32.

(39) Afin de remettre en cause la validité même d'un acte de droit dérivé dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* (CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11/70, *Rec.* p. 1128, pt 3), afin de contourner les termes du droit dérivé dans l'arrêt *Melloni* (CJUE, Gde ch., 26 février 2013, aff. C-399/11, EU:C:2013:107, pt 60, *AJ pénal*, 2013, p. 350, note J. Lelieur, *CDE*, 2013, p. 293, note É. Dubout, *Constitutions* 2013, p. 184, obs. A. Levade, *Europe*, 2013, comm. 166, obs. F. Gazin, *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 22 mars 2013, note M. Benlolo-Carabot, *RDUE*, 2013, p. 182, note P. Mattera, *RTDE*, 2013, p. 812, obs. P. Beauvais, *ibid.*, 2015, p. 166, obs. F. Benoît-Rohmer).

(40) Quelques décisions la reprennent à dessein (v., par ex. et en dernier lieu CJUE, 6 octobre 2016, *Paoletti*, aff. C-218/15, EU:C:2016:748, pt 14, *Europe* 2016, comm. 443, obs. F. Gazin), mais elle n'est pas devenue systématique.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'un coup d'épée dans l'eau s'explique certainement par la volonté prééminente de la Cour d'étendre le champ d'application de la Charte et ainsi d'accroître le champ de la protection des droits fondamentaux qu'elle assure.

B. – Interprétation extensive

L'arrêt *Delvigne* (41) prolonge plus encore le mouvement lancé par l'arrêt *Åkerberg Fransson* (42). Il est d'autant plus significatif qu'il a été rendu en Grande chambre. En l'espèce, un ressortissant français condamné à une peine privative de liberté en 1988 avait été automatiquement privé de ses droits civiques, dont son droit de vote, en application de l'ancien code pénal. Si le nouveau code pénal ne prévoit plus de peine complémentaire automatique et limite la privation des droits civiques à une durée de dix ans, il ne s'applique pas aux condamnations antérieures à son entrée en vigueur qui sont définitives. Aussi le ressortissant en question fut-il radié des listes électorales de sa commune de résidence en 2012. Contestant cette décision de radiation devant le Tribunal d'instance de Bordeaux, il invoqua une inégalité de traitement ainsi que la méconnaissance de la Charte. En conséquence, cette juridiction sursit à statuer pour interroger la Cour de justice sur la compatibilité de la privation automatique des droits civiques en cause avec les articles 39 (« droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ») et 49 (« principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines ») de la Charte.

Les droits fondamentaux issus de la Charte étant les seules dispositions de l'Union à faire l'objet de la question préjudicielle en interprétation, l'existence d'une « mise en œuvre du droit de l'Union » subordonnait la compétence même de la Cour de justice. Or, cette dernière est plutôt prompte à retenir sa compétence lorsqu'est en cause une question qui a trait à la citoyenneté de l'Union (43), ce qui n'a certainement

(41) CJUE (gde ch.), 6 septembre 2015, *Delvigne*, aff. C-650/13, EU:C:2015:648, *D.*, 2015, p. 2414, note E. Carpano, *Europe* 2015, comm. 477, obs. A. Rigaux, *JCP G* 2015, 1338, note D. Berlin, *RTDE*, 2017, p. 360, obs. F. Benoît-Rohmer

(42) *Préc.*

(43) L'arrêt *Rottman* (CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, *Rec.* I-1449, *AJDA*, 2010, p. 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, *D.*, 2010, p. 2868, obs. O. Boskovic, *Europe*, 2010, étude 7, note J. Heymann, *JDI*, 011, p. 488, obs. D. Dero-Bugny, *RCDIP*, 2010, p. 540, note P. Lagarde, *RDUE*, 2010, p. 651, note T. Burri et B. Pirker, *RSC*, 2010, p. 709, obs. L. Idot, *RTDE*, 2010, p. 599, obs. L. Coutron, *ibid.*, p. 617, obs. É. Pataut), par lequel la Cour de justice a étendu sa compétence à la question du retrait de la nationalité d'un État membre qui aurait pour effet la perte de la citoyenneté européen et la séquence jurisprudentielle née de l'arrêt *Ruiz Zambrano* (CJUE, Gde chbr., 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Rec.* I-1177, *AJDA*, 2011, p. 1007,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pas été sans incidence sur celle de l'applicabilité de la Charte en l'espèce. En effet, comme dans d'autres arrêts mettant principalement en cause les libertés de circulation (44), elle distingue clairement entre la compétence qui est celle de l'État membre et l'exercice de la compétence qui doit se faire dans le respect du droit de l'Union (45). Dans les circonstances de l'espèce, il en résulte que chaque État membre est tenu « d'assurer que l'élection des membres du Parlement européen se déroule au suffrage universel direct, libre et secret » (46). La Cour de justice en déduit immédiatement que la privation de droits civiques d'un citoyen de l'Union, à ce titre bénéficiaire du droit de vote au Parlement européen, participe de la mise en œuvre de l'obligation précitée.

Une partie de la doctrine a qualifié ce raisonnement de logique (47), ce à quoi on pourrait ajouter qu'il s'inscrit dans une certaine continuité de la jurisprudence visant à étendre le champ d'application du droit de l'Union à des pans relevant de la compétence de la législation nationale qui n'ont avec lui qu'un lien de rattachement ténu (48). Il n'en est pas moins techniquement tronqué à la lumière de la jurisprudence relative aux libertés de circulation qui se fonde sur la même prémisse. En effet, dans cette hypothèse, l'applicabilité de la Charte est déduite de celle du droit de l'Union laquelle résulte de l'existence d'une entrave (49), c'est-à-dire d'un manquement à l'obligation qu'à l'État membre de respecter le droit de l'Union dans l'exercice de sa compétence. Aussi l'affirmation d'une mise en œuvre du droit de l'Union ne convainc pas en l'absence de précisions sur les éléments qui établissent un lien de rattachement entre l'obligation d'assurer un suffrage universel direct, libre et secret et la privation du droit de vote

chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, *ibid.*, p. 1082, note M. Houser, *D.* 2011, p. 1325, note S. Corneloup, *Europe*, 2011, comm. 149, obs. A. Rigaux *JCP G* 2011, 800, note S. Hennion, *JCP S* 2011, 1363, note J. Cavallini, *RTDE*, 2012, p. 396, obs. F. Benoît-Rohmer), relative au droit de séjour du ressortissant d'un État tiers parent d'un enfant mineur citoyen de l'Union, en sont les plus importantes illustrations.

(44) Voy., notamment, CJCE, Ass. plén., 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec.* I-11613, pt 25, *D.*, 2004, p. 1476, note M. Audit, *Europe*, 2003, comm. 374, obs. Y. Gautier, *JDE*, 2004, p. 74, obs. J.-Y. Carlier, *JDI*, 2004, p. 582, note M. Luby, *ibid.*, p. 1219, note S. Poillot-Peruzzetto, *RCDIP* 2004, p. 184, note P. Lagarde, *RTDE*, 2004, p. 559, note A. Iliopoulou.

(45) CJUE, Gde ch., 6 septembre 2015, *Delvigne*, *préc.*, pt 31.

(46) *Ibid.*, pt 32.

(47) É. Carpano, note sous l'arrêt *Delvigne*, *loc. cit.*

(48) V., à cet égard, s'agissant de la compétence de la Cour de justice à propos d'une règle nationale de retrait de la nationalité au motif que son application en l'espèce entraînerait la perte de la citoyenneté de l'Union, CJUE, *Rottman*, *préc.*

(49) V., par ex., CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga*, aff. C-87/12, pts 40 à 42, *Europe*, 2013, comm : 158, obs. A Rigaux, *JDE*, 2014, p. 167, obs. J.-Y. Carlier, *RTDE*, 2013, p. 927, note É. Pataut ; CJUE, 8 mai 2014, *Pelckmans*, aff. C-483/12, ECLI :EU:C:2014:304, pts 23 à 26, *Europe*, 2014, comm. 288, obs. V. Michel, *RLDA*, 2014, n° 96, p. 66, obs. E. Durand.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

au titre d'une condamnation pénale, laquelle n'est pas sans lien avec l'absence de rappel des critères de mise en œuvre explicités dans l'arrêt *Siragusa* (50). En effet, la disposition pénale en cause ne constitue pas une « *implantation* » (51) du droit de l'Union dans l'exercice de ses compétences par un État membre, comme c'était le cas des sanctions dans l'arrêt *Åkerberg Fransson* ou dans l'arrêt *Berlioz* (52), mais une atteinte très indirecte à ce dernier (53) car résultant des conséquences d'une disposition maintenant les interdictions de vote définitivement prononcées avant l'entrée en vigueur d'une loi plus favorable. Le lien de rattachement était trop ténu pour retenir que le droit de l'Union était mis en œuvre (54), même à la lumière du critère subsidiaire tiré de la préservation de l'unité, de la primauté et de l'effectivité du droit de l'Union.

L'intention supposée de la Cour de justice de vouloir étendre le champ d'application de la Charte, et de la protection des droits fondamentaux qu'elle fournit, au-delà des bornes qu'elle s'est-elle-même donnée est d'autant plus probable que dans l'affaire *Delvigne*, elle n'aboutit à aucun constat de violation ni de l'article 39, ni de l'article 49 de la Charte. La notion de « mise en œuvre du droit de l'Union » n'est plus lue de façon stricte. Il est d'autant plus à craindre que le critère de mise en œuvre soit devenu une coquille vide que cette notion fait l'objet d'une instrumentalisation ambivalente par la Cour de justice.

(50) L'argumentation de l'avocat général CRUZ VILLALÓN n'est guère plus convaincante lorsqu'il affirme être en cause « un domaine dans lequel la mise en œuvre du droit de l'Union est incontournable » au motif que la compétence des Etats membres n'est que le fruit des circonstances en l'absence d'exécution du mandat confié au législateur de l'Union par l'article 223, § 1, TFUE pour adopter une procédure uniforme d'élection des membres du Parlement européen au suffrage universel direct (spéc. pts. 102 et 103).

(51) Utilisant ce terme dans une proposition de classification des hypothèses de mise en œuvre du droit de l'Union, S. PLATON, « La Charte des droits fondamentaux et la « mise en œuvre » nationale du droit de l'Union : précisions de la Cour de justice sur le champ d'application de la Charte », *RDLF*, 2013, chron. 11.

(52) Dans cet arrêt de Grande chambre, la Cour de justice considère que les sanctions prévues par le droit luxembourgeois afin de garantir l'effet utile d'une directive relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal constituent une mise en œuvre du droit de l'Union alors même que cette directive ne requiert pas des États membres qu'ils adoptent de telles sanctions et que le droit national en cause n'a pas été adopté pour transposer ladite directive (CJUE (gde ch.), 16 mai 2017, *Berlioz*, aff. C-682/15, EU:C:2017:373, pts 32 et s., *AJDA*, 2017, p. 1709, chron. Ph. BONNEVILLE, E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE et Ch. GANSER, *Europe*, 2017, comm. 250, obs. F. GAZIN, *JCP G*, 2017, 655, obs. D. BERLIN).

(53) Voy. en ce sens D. BERLIN, note sous l'arrêt *Delvigne*, *loc. cit.*

(54) Comp., sur l'absence de mise en œuvre du droit de l'Union au cours d'une étape d'une démarche judiciaire dont le but ultime était l'application d'une disposition du droit dérivé, CJUE, 27 mars 2014, *Torralbo Marcos*, aff. C-265/13, EU:C:2014:187, *Europe*, 2014, comm. 198, obs. A. RIGAUX, *JCP G*, 2014, 463, obs. F. PICOD.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. – Instrumentalisation ambivalente de la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union »

L'article 51, paragraphe 1, de la Charte dispose qu'elle s'adresse « aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Par sa formule négative, et l'interprétation stricte qui paraissait devoir en découler, ce critère d'applicabilité aurait dû être incontournable et donner systématiquement lieu à une motivation adéquate. Sans revenir sur les décisions qui éludent tout développement sur ce point par économie de moyens dès lors qu'il n'est pas contestable qu'il est rempli, il est d'autres hypothèses dans lesquelles ce critère est éludé par des procédés en miroir et à des fins qui sont opposées, du moins au premier abord. D'une part, le critère de la mise en œuvre est éludé pour permettre l'invocation de la Charte et ainsi étendre le champ d'application du droit de l'Union (A). D'autre part, l'applicabilité du droit de l'Union est exclue afin d'éluder la mise en œuvre du droit de l'Union ainsi que l'applicabilité corollaire la Charte (B).

A. – Contournement

La possibilité donnée aux justiciables d'invoquer la Charte sans avoir à démontrer l'existence d'une mise en œuvre du droit de l'Union et, surtout, sans même qu'elle ne soit applicable, participe d'un mouvement plus général, commun à la première partie de cette étude, qui est celui de l'extension de l'invocabilité du catalogue des droits fondamentaux de l'Union. Elle est cependant surprenante dans la mesure où, dans l'esprit des rédacteurs de la Charte, celle-ci ne s'adresse aux États membres que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, expression censée traduire le principe de subsidiarité et garantir ainsi le respect des souverainetés nationales (55). L'atteinte à ce principe est d'autant plus évidente qu'il s'agit de faire produire effet à la Charte à un stade du raisonnement auquel elle ne peut techniquement pas intervenir.

Ces situations d'invocabilité de la Charte en dehors la mise en œuvre du droit de l'Union se sont développées au gré de l'extension du champ d'application du droit de l'Union sur le fondement des libertés de circulation. La Charte fut alors mobilisée afin de légitimer, voire de consolider le raisonnement visant à caractériser l'existence d'une entrave alors même que cette dernière subordonne l'applicabilité du

(55) G. Braibant, *op. cit.*, p. 251.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

droit de l'Union et, ce faisant, la compétence de la Cour de justice et l'applicabilité de la Charte.

Tout d'abord, cette invocation de la Charte fut camouflée par son traitement au sein de propos liminaires de sorte que les droits fondamentaux qui en sont issus ne participaient pas directement du raisonnement déterminant la compétence de la Cour de justice. Ils semblaient seulement que cette dernière s'arrêtât sur ceux-ci pour signifier qu'ils devaient être gardés à l'esprit dans le raisonnement qui suivait. Dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* (56), cette observation liminaire précède immédiatement l'identification d'une entrave à la libre circulation d'une ressortissante autrichienne qui n'avait pu obtenir des autorités de son État d'origine qu'elles reconnaissent les éléments nobiliaires du nom de famille qu'elle avait acquis en Allemagne à la faveur de son adoption. L'évocation du droit au respect de la vie privée (art. 7 de la Charte), qui s'applique au nom en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille (57), vient ainsi conforter l'identification de l'entrave qui résulte de la diversité des noms de famille d'un État membre (celui de résidence de la requérante au principal) à un autre (celui dont elle est ressortissante) (58). C'est une lecture de la libre circulation des personnes à la lumière de la Charte qui ne dit pas son nom. Elle n'en a pas moins le mérite de donner toute son ampleur à la réserve constante, mise en valeur par une incise, par laquelle la Cour de justice indique, dans ses ordonnances d'incompétence manifeste, que « les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, *à elles seules* [cnqs], fonder » sa compétence (59).

Ensuite, la Cour de justice, aux mêmes fins d'identifier l'existence d'une entrave, a explicité et densifié l'invocabilité de la Charte à ce stade du raisonnement dans une situation de circulation plus discutable encore, celle d'un citoyen de l'Union qui pourrait être contraint de quitter le territoire de l'Union pris dans son ensemble à raison du

(56) CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec.* p ; I-13693, *JDI*, 2011, p. 639, note J. Heymann, *JDE*, 2011, n° 178, p. 100, note E. Cusas, *RDUE*, 2011, p. 131, note C. Murphy, *Europe*, 2011, comm. 40, obs. D. Simon, *JCP G*, 2011, 56, obs. F. Picod, *RTD civ.*, 2011, p. 98, obs. J. Hauser.

(57) Comp. Cour EDH, 22 février 1994, req. n° 16213/90, *Burghartz c/ Suisse*, pt 24, *AJDA* 1994, p. 511, obs. J.-F. Flauss, *D.* 1995, p. 5, obs. J.-P. Marguénaud.

(58) Le procédé fut repris dans les arrêts *Runevič-Vardyn* (CJUE, 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Rec.* p. I-3787, pt 66, *Europe* 2011, comm. 238, obs. D. Simon, *RDLF*, 2012, chron. 6, note F. Vingalli, *RTDE*, 2011, p. 571, note. É. Pataut) et *Bogendorff von Wolffersdorff* (CJUE, 2 juin 2016, aff. C-438/14, EU:C:2016:401, pt 35, *AJ fam.*, 2016, p. 392, obs. M. Saulier, *Europe*, 2016, comm. 261, obs. D. Simon, *RTDE*, 2016, p. 648, note É. Pataut).

(59) Voy., par ex., CJUE, Ord., 10 novembre 2016, *Owen Pardue*, aff. C-321/16, pt 19.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

refus des autorités d'un État membre d'accorder un droit de séjour à un membre de sa famille ressortissant d'un État tiers. En effet, la Cour de justice analyse ces faits comme susceptibles de constituer une privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen (60). Cette circonstance confère alors compétence à la Cour de justice en même temps qu'elle rend applicable le droit de l'Union, et en conséquence la Charte, du moins est-ce cette position qui avait été expressément adoptée dans l'arrêt *Dereci* (61). La Grande chambre de la Cour de justice, dans un arrêt de *Chavez-Vilchez* (62), n'en a pas moins pris ses distances avec cette rigueur de raisonnement juridique qu'implique l'article 51, paragraphes 1 et 2, de la Charte. En l'espèce, les autorités des Pays-Bas avaient opposé un refus aux demandes d'aides sociales et d'allocations familiales de huit ressortissantes d'États tiers qui, bien qu'elles soient chacune mère d'un ou plusieurs enfants de nationalité néerlandaise, étaient dépourvues de titre de séjour. C'est la juridiction d'appel néerlandaise en matière de sécurité sociale qui sursit à statuer pour interroger la Cour de justice sur l'existence d'un droit de séjour de ces mères d'un enfant citoyen de l'Union fondé sur l'article 20 du TFUE, ainsi que sur la nécessité de prendre en considération la possibilité pour l'autre parent, lui-même citoyen de l'Union, de prendre effectivement en charge l'enfant. En réponse, la Cour de justice, qui avait déjà précisé qu'il convenait de tenir compte de la relation de dépendance entre le citoyen de l'Union en bas âge et le ressortissant d'un État tiers dont le droit de séjour est refusé, ajoute qu'il convient de prendre en considération, parmi d'autres, la circonstance que l'autre parent est réellement capable de et prêt à assumer seul la charge quotidienne et effective de l'enfant. Pour ce faire, « les autorités compétentes doivent tenir compte du droit au respect de la vie familiale, tel qu'il est énoncé à l'article 7 de la [Charte], cet article devant être lu en combinaison avec l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, reconnu à l'article 24, paragraphe 2, de la [Charte] » (63).

(60) Voy. la séquence jurisprudentielle qui a débuté avec l'arrêt *Ruiz Zambrano* (préc.).

(61) CJUE, Gde chbr., 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, *Rec.* p. I-11315, pts 70 à 72, *D.*, 2012, p. 390, obs. F. Jault-Seseke, *Europe*, 2012, comm. 7, obs. A. Rigaux, *RDUE*, 2011, p. 731, note C. Brière, *RMC*, 2013, p. 45, obs. E. Sabatakis, *RTDE*, 2012, p. 398, obs. F. Benoît-Rohmer, *ibid.*, p. 630, obs. É. Pataut.

(62) CJUE (gde ch.), 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez*, aff. C-133/15, EU:C:2017:354, *RFDA*, 2017, p. 989, obs. L. Clément-Wilz, *Europe*, 2017, comm. 255, obs. A. Rigaux, *RTDE*, 2017, p. 585, obs. É. Pataut.

(63) Pt 70.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Nulle mention n'est faite de l'article 51, paragraphe 1, alors qu'il apparaît être donné effet aux dispositions de la Charte à un stade du raisonnement qui vise à déterminer l'applicabilité même du droit de l'Union à la situation en cause, et ce sans aucune justification. La doctrine et les avocats généraux ont tenté de pallier cet oubli en tirant une justification de l'arrêt *Alokpa* (64), qui s'inscrit également dans la séquence jurisprudentielle débutée avec l'arrêt *Ruiz Zambrano*. En effet, dans cet arrêt *Alokpa*, la Cour de justice dit pour droit que « les articles 20 TFUE et 21 TFUE doivent être interprétées en ce sens qu'ils ne s'opposent pas […] ». Ce faisant la situation intégrerait nécessairement le champ d'application du droit de l'Union puisque dans le cas contraire la Cour de justice aurait dû se déclarer incompétente (65), ce dont aurait été déduit un exercice des compétences d'un État membre respectueux du droit de l'Union. Toujours est-il qu'en des termes aussi simples, l'applicabilité de la Charte méconnaît manifestement les termes de son article 51, paragraphes 1 et 2, puisqu'il semble alors que, toute les fois que les autorités nationales exercent leur compétence avec le devoir de respecter le droit de l'Union, elles agissent dans le champ d'application du droit de l'Union. En vérité, le raisonnement sous-jacent est que le droit de l'Union est applicable dès lors qu'une liberté de circulation est entravée, dans quelque mesure que ce soit, comme c'est déjà le cas dans les situations de circulation réelle et virtuelle (66). La privation de jouissance effective de l'essentiel des droits du citoyen de l'Union constituerait alors une limitation qu'elle ferait naître du droit de l'Union une obligation positive d'accorder un droit de séjour au ressortissant d'État tiers dont dépend ledit citoyen de l'Union. L'explication est peu satisfaisante puisque, comme le suggère déjà le raisonnement elliptique de l'arrêt *Chavez-Vilchez*, la Charte n'en sera pas moins applicable à toute situation de refus de séjour du ressortissant d'État tiers parent d'un mineur citoyen de l'Union. Bien d'autres limitations ne pourraient-elles pas venir à l'esprit des justiciables, qui déclencheraient l'applicabilité de

(64) CJUE, 10 octobre 2013, *Alokpa*, aff. C-86/12, EU:C:2013:645, *Europe*, 2013, comm. 499, obs. A. Rigaux, *RTDE*, 2014, p. 787, obs. É. Pataut.

(65) Voy. en ce sens J.-Y. Carlier, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *JDE*, 2014, p. 165 ; Concl. de l'avocat général Melchior Wathelet sous l'arrêt CJUE, 30 juin 2016, *NA*, aff. C-115/15, pts 120 à 123 ; Concl. de l'avocat général Maciej Szpunar sous l'arrêt *Chavez-Vilchez*, pt 100 et note 79.

(66) L'expression « circulation réelle » désigne la situation dans laquelle un citoyen s'est effectivement déplacé d'un Etat membre à un autre tandis que l'expression « circulation virtuelle » désigne la situation dans laquelle la circulation est fictivement déduite de l'altérité entre l'État membre dont le citoyen a la nationalité et son État membre de résidence (CJCE, Ass. pl., *Garcia Avello*, *préc.*, pt 27).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la Charte, sans même qu'il ne soit possible qu'elle conduise à priver le citoyen de la jouissance effective de l'essentiel de ses droits ? N'est-ce pas ouvrir une boîte de Pandore qui laisserait libre cours à des saisines intempestives sur le fondement de la Charte dans des situations qui dépassent manifestement l'objet des libertés de circulation garanties par les traités (67) ?

Cet effort encore tâtonnant de la Cour de justice pour accroître plus encore le champ d'application de la Charte laisse craindre que la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union » ne soit complètement diluée. Cette crainte est étonnante à la lumière d'autres arrêts de la Cour de justice dans laquelle elle fait montre d'un soin particulier pour exclure toute applicabilité du droit de l'Union, et par corrélation du droit fondamental invoqué.

B. – Refoulement

Le rôle politique de la Cour de justice est certainement plus saillant lorsqu'elle élude la mise en œuvre du droit de l'Union aux fins d'exclure l'invocabilité de la Charte que lorsqu'il s'agit de l'éluder pour rendre la Charte applicable. En effet, dans la première hypothèse, il s'agit de faire prévaloir des intérêts matériels, souvent liés aux sujets européens les plus débattus (tourisme social, crise migratoire, mesures d'austérité (68)) et de ménager les États membres au gré d'un raisonnement (69) qui convainc d'autant moins qu'il s'inscrit à contrecourant de l'extension rampante de l'invocabilité de la Charte. La démonstration

(67) P. Eeckhout, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *CMLR*, 2002, p. 945, spéc. p. 971.

(68) Sur ce troisième sujet, la Cour de justice a pu refouler la notion de mise en œuvre du droit de l'Union afin d'éviter que les droits fondamentaux ne puissent servir à contrer la législation nationale. Tel fut le cas dans un arrêt *Poclava* (CJUE, 5 février 2015, aff. C-117/14, EU:C:2015:60, *Europe*, 2015, comm. 135, obs. A. Rigaux, *RTDE*, 2015, p. 453, note S. Robin-Olivier) dans lequel la mise en œuvre du droit de l'Union est exclue au motif que le contrat de travail à durée déterminée de soutien aux entrepreneurs prévu par le droit espagnol n'est pas un contrat à durée déterminée relevant du champ d'application du droit dérivé. Cependant, il eut été possible de considérer qu'en créant un tel contrat, l'État espagnol avait méconnu le droit dérivé puisque, ce faisant, il avait privé d'efficacité l'encadrement que ce dernier tendait à imposer (S. Robin-Olivier, note sous l'arrêt *Poclava*, *loc. cit.*).

(69) En conséquence, ne seront pas traitées les décisions dans lesquelles la Cour de justice exclut l'applicabilité de la Charte pour des raisons de pure opportunité, comme c'est le cas en l'absence d'éléments concrets dans la décision de renvoi ce qui permet de considérer que la situation juridique en cause dans le litige au principal ne relève pas de la mise en œuvre du droit de l'Union (CJUE, 8 mai 2014, *Pelchmans*, aff. C-483/12, EU:C:2014:304, pts 22 et 23, *Europe*, 2014, comm. 288, obs. V. Michel, *RLDA*, 2014, n° 96, p. 66, note É. Durand) alors qu'en d'autres occasions elle n'hésite pas à procéder elle-même à cette recherche.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

en sera faite au moyen de deux célèbres arrêts particulièrement révélateurs (70).

Le premier exemple est tiré de l'arrêt de *Dano* (71) dans lequel le litige au principal s'était élevé autour de la demande introduite par Mme Dano et son fils, tout deux de nationalité roumaine, tendant à l'octroi de prestations de l'assurance de base (prestation spéciale à caractère non contributif), à laquelle aurait eu droit un citoyen allemand dans les mêmes circonstances. Le second refus opposé par les autorités allemandes fut contesté par les demandeurs devant le Sozialgerich Leipzig lequel est l'auteur des quatre questions préjudicielles en interprétation dont s'est saisie la Grande chambre. Seule la dernière intéresse notre propos puisqu'il s'agissait de déterminer si les articles 1er (« dignité humaine »), 20 (« égalité en droit ») et 51 de la Charte imposaient d'octroyer des prestations de subsistance à caractère non contributif aux ressortissants de l'Union rendant possible un séjour permanent dès lors que la prestation en cause visait à permettre à ses bénéficiaires de mener une vie conforme à la dignité humaine (72). La Cour de justice, suivant en cela les conclusions de l'avocat général, se tiendra pour incompétente sur ce point en l'absence de mise en œuvre du droit de l'Union. En effet, la détermination des conditions de fond subordonnant l'existence du droit aux prestations sociales en cause au principal ainsi que son étendue relèvent de la seule compétence du législateur national. Le droit dérivé, quant à lui ne ferait que définir la notion de « prestation spéciales en espèces à caractère non contributif ». La mise en œuvre du droit de l'Union est exclue sur le fondement de ces seuls éléments, sans explication aucune sur la teneur du rattachement au droit de l'Union.

Et pour cause, le raisonnement achoppe au regard des réponses données par la Cour de justice aux précédentes questions qui lui étaient posées, et ce d'autant plus lorsque l'on rapporte cet arrêt à la

(70) L'arrêt *Pringle* (CJUE, Ass. pl., 27 novembre 2012, aff. C-370/12, EU:C:2012:756, *JCP G*, 2012, p. 1344, obs. F. Picod, *JDI*, 2013, p. 566, note D. Dero-Bugny, *Europe*, 2013, comm. 8, obs. D. Simon, *RUE* 2013, p. 627, note G. Nafilyan, *RTDE*, 2013, p. 239, note F. Martucci, *ibid.*p. 311, note L. Coutron) n'a pas été retenu car il est antérieur à l'arrêt *Åkerberg Fransson* et s'inscrit ainsi dans une phase de relative incertitude quant à l'interprétation à donner à la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union ». Il n'est donc pas révélateur. Cependant, il ressort d'une lecture rétrospective de cet arrêt qu'il a certainement donné lieu à un refoulement de cette notion afin d'exclure le mécanisme européen de stabilité du champ d'application de la Charte (voy., notamment F. Martucci, note sous l'arrêt *Pringle*, *loc. cit.*).

(71) CJUE, Gde ch., 11 novembre 2004, aff. C-333/13, EU:C:2014:2358, *AJDA*, 2015, p. 821, note E. Aubin, *AJ fam.*, 2014, p. 655, obs. P. Berthet, *Europe* 2015, comm. 6, obs. F. Gazin, *JCP S* 2015, 1027, note J. Cavallini, *RDSS* 2014, p. 1155, note C. Boutayeb, *RTDE*, 2015, p. 640, note É. Pataut.

(72) Art. 1er Sozialgesetzbuch Erstes Buch (code social allemand).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

surinterprétation fondée sur l'arrêt *Alokpa*, précédemment exposée. En effet, en réponse à la première question préjudicielle, les juges européens ont conclu à l'applicabilité de l'article 4 du règlement n° 883/2004 (73) aux prestations en cause. Or celui-ci a trait à l'égalité de traitement entre les nationaux et les ressortissants d'autres États membres qui est également mise en cause dans la quatrième question préjudicielle. En réponse aux deuxième et troisième questions préjudicielles, la Cour de justice rappelle que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité consacré par l'article 18 TFUE est invocable dans les situations relevant de l'exercice de la libre circulation sur le territoire des États membres (74), ce qui était le cas en l'espèce (75). Dès lors, l'exercice par l'Allemagne de sa compétence ne devait-il pas se faire dans le respect des traités (76) et déclencher l'applicabilité du droit de l'Union dès lors qu'il est dérogé aux libertés fondamentales (77) ? Ensuite, elle dit pour droit que le droit dérivé ne s'oppose pas à la réglementation en cause qui opère une différence de traitement. Pourtant, la même question envisagée à travers le prisme de la Charte des droits fondamentaux ne relèverait-elle pas de la compétence de l'Union (78) ? L'exclusion de la mise en œuvre du droit de l'Union ne peut que surprendre car elle induit que cette notion se distingue de l'applicabilité du droit de l'Union, réduite en l'espèce à son implantation, à rebours de l'arrêt

(73) Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JOUE*, L 166/1, 30 avril 2004.

(74) Point 59 ; v. antérieurement, CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.* p ; I-6193, pts 30 à 33, *Dr. soc.* 2001, p. 1103, note J.-P. Lhernould, *Europe* 2001, comm. 316, obs. Y. Gautier, *JDE* 2001, p. 1008, obs. A. Alemanno, *ibid.* 2002, p. 65, obs. J.-Y. Carlier, *RAE*, 2002, p. 775, note A. Iliopoulou, *RDSS*, 2002, p. 396, note I. Daugareilh, *RTDE* 2003, p. 553, note F. David.

(75) Mme Dano, de nationalité roumaine, est entrée en Allemagne pour la dernière fois en 2010, et son enfant est dans une situation de circulation virtuelle puisqu'il possède la nationalité d'un Etat membre autre que celui dans lequel il réside (comp. CJCE, Ass. Plén., 19 octobre 2004, C-200/02, Zhu et Chen, *Rec.* I-9925, pt. 19, *Europe*, 2004, comm. 401, obs. D. Simon, *JDE*, 2005, p. 72, obs. J.-Y. Carlier, *LPA*, 12 mai 2005, p. 3, note M. Luby, *RAE*, 2003, p. 673, note M. Gautier, *RDUE*, 2004, p. 589, note B. Kotschy).

(76) Cf. *supra*. Les conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet suggèrent que le principe de non discrimination en raison de la nationalité issu du traité et correspondant à l'article 20 de la Charte s'épuise dans les dispositions de droit dérivé qui en précisent le sens et la portée (pt. 149). Il n'est pourtant pas doté d'une justiciabilité normative comme le sont les principes issus de la Charte.

(77) Voy., notamment, CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger*, aff. C-390/12, EU:C:2014:281, pt 36, *JCP G*, 2014, p. 565, obs. F. Picod, *Europe*, 2014, comm. 256, obs. D. Simon.

(78) Sur ce point, il est surprenant de remarquer que cette même conclusion n'a pas porté l'avocat général Melchior Wathelet à retenir l'applicabilité de la Charte dans ses conclusions sous l'affaire *Dano* de 2014, alors que la conclusion comparable de l'arrêt *Alopka* de 2013 le conduira en 2016 à la solution inverse (Concl. de l'avocat général Melchior Wathelet sous l'arrêt CJUE, 30 juin 2016, *NA*, aff. C-115/15, pts 120 à 123).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Åkerberg Fransson et de ses suites (79). Ce raisonnement fragilisé par son incohérence est certainement le signe d'un choix politique, celui de refouler l'invocabilité de la Charte dans une matière, la solidarité, qui constitue un terreau fertile pour les arguments eurosceptiques. La solution paraît d'autant plus contestable qu'admettre l'applicabilité de la Charte n'aurait pas nécessairement mené à une solution distincte, le principe de non-discrimination à raison de la nationalité admettant des restrictions lorsqu'elles sont fondées sur des considérations objectives et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national (80).

Le deuxième exemple est tiré de l'arrêt *X et X contre État belge* rendu par la Grande chambre de la Cour de justice (81) dans le cadre d'une procédure préjudicielle d'urgence qui n'en a pas moins donné lieu à des conclusions remarquées et remarquables. Le choix politique de rejeter l'invocabilité de la Charte y tient moins à l'interprétation de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte qu'à l'économie du droit dérivé en cause et à la souveraineté des États membres. En l'espèce, un couple marié de nationaux syriens et leurs trois enfants mineurs en bas âge qui souhaitaient fuir la ville assiégée d'Alep ont introduit, sur le fondement du code des visas, des demandes de visas à la validité territoriale limitée auprès de l'ambassade de Belgique à Beyrouth. Cette demande fut rejetée par l'office belge des étrangers. Et c'est à l'occasion du recours entrepris par les demandeurs d'asile devant le Conseil du contentieux des étrangers que deux questions préjudicielles furent posées à la Cour de justice. S'agissant de la Charte, la juridiction de renvoi interrogeait la portée de ses articles 4 (« interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants ») et 18 (« droit d'asile »), et plus précisément leur inclusion parmi les obligations internationales susceptibles de fonder la délivrance d'un visa à validité territoriale limitée en application de l'article 25, paragraphe 1, *littera* a, du code des visas. La Cour de justice répond que la Charte est inapplicable. Cette solution ne repose pas sur une interprétation de son article 51, paragraphe 1, mais sur l'exclusion en amont de l'applicabilité du droit de l'Union par

(79) Comp., dans ce même ouvrage A. Iliopoulou-Penot, « Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil ».

(80) Voy., par ex., sur cette exigence constante, CJUE, *Runevič-Vardyn* et *Wardyn*, *préc.*, pt 83.

(81) CJUE, (gde ch.), 7 mars 2017, *X et X c/ Etat belge*, aff. C-638/16 PPU, EU:C:2017:173, *Constitutions*, 2017, p. 299, note L. Imbert, *Europe*, 2017, comm. 175, obs. F. Gazin, *JCP G* 2017, 508, note H. Labayle, *RFDA*, 2017, p. 989, obs. L. Clément-wilz. V. S.Barbou des Places, « Politique d'immigration et d'asile », *cet ouvrage*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

un raisonnement étayé. Formellement, appui est pris sur l'article 1er du code des visas qui exclurait l'applicabilité de ce dernier aux demandes formellement fondées sur l'article 25 du même code dès lors que la notion de visa exclut les permis de séjour dont la durée de validité n'est pas limitée à 90 jours. Cet argument est conforté par l'absence d'exercice par l'Union de sa compétence en matière de délivrance de visas ou de titres de séjour de longue durée à des ressortissants de pays tiers pour des raisons humanitaires. Autrement dit, la demande en cause au principal relevait de la compétence nationale.

Ce raisonnement technique manque de convaincre parce qu'il est tronqué, certainement à dessein. En effet, comme les conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi le mettent en lumière, la demande des requérants était initialement celle d'un visa de court séjour à validité territoriale limitée, demande rejetée sur le fondement de l'article 32, paragraphe 1, *littera* b, du code des visas, à savoir sur l'existence de doutes raisonnables quant à leur volonté de quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa demandé, au moyen d'un formulaire de visa court séjour. Les requérants au principal ont alors excipé de l'article 25, paragraphe 1, *littera* a, lequel permet aux États membres, qui disposent alors d'une marge d'appréciation, de déroger à l'article 32, paragraphe 1, *littera* b. L'article 25, paragraphe 1, *littera* a, n'est-il pas un élément du système européen commun d'asile en ce qu'il détermine l'octroi d'un visa de courte durée dont les conséquences sont précisées par le code des visas ? La jurisprudence *N.S.* n'avait-elle pas vocation à s'appliquer ici par analogie (82) ? Quoi qu'il en soit, la demande visait à recourir à une dérogation aux règles normales d'attribution d'un visa de courte durée afin de former ensuite une demande d'asile en Belgique. Autrement dit, la démarche des requérant devait s'opérer en deux temps (visa de courte durée puis demande d'asile), ce que le règlement « Dublin III » n'exclut pas (83). Or, le premier temps, qui constituait nécessairement une mise en œuvre du droit de l'Union, a été simplifié et tronqué par la Cour de justice qui requalifie la demande en cause en une démarche ayant immédiatement pour objet une demande de visa de

(82) L'exercice, par un État membre, de la marge d'appréciation que lui confère le droit de l'Union, dans la mesure où il participe du système mis en place par ce dernier, s'analyse en une mise en œuvre du droit de l'Union (CJUE (gde ch.), 21 décembre 2011, *N.S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec.* p. I-13905, pts 64 à 69, *Europe*, 2012, étude 4, note F. Gazin, *JDI*, 2012, p. 716, obs. D. Dero-Bugny, *Lettre « Actualité Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 décembre 2011, note M.-L. Basilien-Gainche, *RDUE*, 2012, p. 121, note A. Mattera, *RTDE* 2012, p. 401, obs. F. Benoît-Rohmer). Voir, dans le même sens, L. Clément-Wilz, obs. sous CJUE (gde ch.), *X et X contre État belge*, *loc. cit.*

(83) Art. 12, § 2.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

long séjour. En privilégiant l'objet réel mais final de la demande, elle néglige l'application du code des visas à laquelle les autorités belges se sont effectivement livrées.

Ce raisonnement tronqué paraît trouver sa justification, et surtout la solidité qui lui manquait, dans les motifs tirés de l'atteinte à l'économie générale règlement « Dublin III » (84) qui résulterait d'une solution inverse. En effet, admettre l'applicabilité du droit de l'Union à une demande telle que celle au principal permettrait aux ressortissants d'États tiers de choisir l'État membre dont ils souhaitent bénéficier de la protection internationale. Cet argument développé devant la Cour par le gouvernement belge avait pourtant été sèchement rejeté par l'avocat général Paolo Mengozzi qui ne concevait pas que les ressortissants disposent en pratique d'un véritable choix eu égard à leur situation (85). En outre, et quoi qu'il en soit de la réalité du choix, celui-ci existe déjà en théorie dès lors que l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale par un titulaire d'un permis de séjour ou d'un visa est celui qui l'a délivré (86). Or, le ressortissant d'État tiers a pu choisir l'État membre auprès duquel il a demandé un titre de séjour ou un visa. L'autre argument de la Cour de justice au soutien du rejet de l'applicabilité du droit de l'Union tient à ce que, s'il en allait autrement, cela « impliquerait que les États membres sont tenus, sur le fondement du code des visas, de permettre, de fait, à des ressortissants de pays tiers d'introduire une demande de protection internationale auprès des représentations des États membres situées sur le territoire d'un pays tiers » (87). Or, le code des visas n'a pas pour objet d'harmoniser les règles relatives à la protection internationale.

Quelle que soit la qualité de ces arguments, le véritable motif de la décision est le souci de la Cour de justice de rassurer les autorités nationales qui sont confrontés à une crise migratoire majeure. Cette affirmation nous paraît étayé par le recours à des termes policés dans l'arrêt de la Cour de justice qui sont destinés à apaiser la crainte qu'avaient formulée les États membres d'avoir à admettre « sur leur territoire toutes les personnes vivant une situation catastrophique » (88)

(84) Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JOUE* n° L 180, 26 septembre 2013, p. 31.

(85) Concl. sous l'arrêt *X. et X. contre Etat belge*, pt 174.

(86) Art. 12 du règlement « Dublin III ».

(87) Concl. sous l'arrêt *X. et X. contre Etat belge*, pt 49.

(88) Ce sont les termes des décisions de l'Office des étrangers intéressant l'affaire au principal (concl. de l'avocat général Paolo MENGOZZI, pt 33).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dont il résulterait « un engorgement des représentations consulaires des États membres face à un flot incontrôlable de demandes de visas humanitaires » (89). L'applicabilité de la Charte aurait certainement justifié l'octroi d'un visa humanitaire eu égard aux circonstances de l'espèce (90). Cependant, cette obligation d'octroi n'aurait pu s'étendre à toute demande à raison des obstacles pratiques qui se dressent entre le demandeur et la représentation consulaire d'un État membre (91) ainsi que des obstacles juridiques tirés de la nécessité de rapporter la preuve de la nécessité pour eux d'être protégés. Aussi l'application de la Charte n'aurait-elle pas provoqué l'appel d'air redouté.

Conclusion

En conclusion, les choix politiques de la Cour de justice concernant l'invocabilité de la Charte ont tantôt traduit la volonté d'en étendre les hypothèses dans une perspective louable de protection des droits fondamentaux, tantôt privilégié des objectifs extérieurs à cette dernière tirés des politiques de l'Union et de la nécessité pour la Cour de ménager les États membres. S'il est en apparence bien difficile de dégager de la jurisprudence tortueuse de la Cour de justice un critère cardinal qui explique les différents choix qu'elle a pu opérer (92), il se peut, en revanche, qu'il se dégage des conclusions des avocats généraux. Plus particulièrement, ce sont celles de l'avocat général Pedro Cruz Villalón qui recèlent certainement le critère qui sous-tend les décisions de la Cour de justice relativement à l'applicabilité de la Charte. En effet, lorsqu'il a proposé à la Cour de justice un critère sur lequel fonder sa compétence pour garantir les droits fondamentaux lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union, c'est à l'« intérêt

(89) Concl. de l'avocat général Paolo Mengozzi, pt 172.

(90) Les requérants au principal souhaitaient quitter Alep, ville alors assiégée. Ils étaient de confession chrétienne orthodoxe, ce qui les exposait à un risque de persécution. D'ailleurs, l'un d'eux avait été torturé par un groupe terroriste avant d'être libéré contre rançon.

(91) « [Les requérants au principal] ont en effet dû obtenir un rendez-vous au consulat du Royaume de Belgique au Liban, condition *sine qua non* pour se voir accorder un sauf-conduit de 48 heures sur le territoire libanais après le mois de mai 2015, parcourir plusieurs centaines de kilomètres dans un pays en guerre et dans le chaos pour se rendre à Beyrouth et se présenter en personne audit consulat, afin de satisfaire à l'exigence de ce dernier et, enfin, retourner en Syrie dans l'attente de la décision des autorités belges ! » (concl. de l'avocat général Paolo Mengozzi, pt 172).

(92) La Cour de justice est certainement consciente de la complexité de sa propre jurisprudence. L'avocat général Michal Bobek l'a d'ailleurs mis en en lumière dans ses conclusions sous l'affaire *Ispas* (C-298/16, pts 32 et s.) dans laquelle la Cour de justice devra statuer sur l'applicabilité de la Charte à une procédure roumaine liée à la perception de la TVA.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

spécifique de l'Union à ce que cet exercice du pouvoir s'adapte à sa conception des droits fondamentaux » (93) qu'il s'est référé. Le critère est trop vague, trop élastique et manque de rigueur pour être juridique, mais l'utilitarisme qu'il traduit explique l'ensemble des choix clairement politiques qu'a pu faire la Cour de justice en la matière ainsi que l'incohérence de certaine de ses décisions.

(93) Concl. sous l'arrêt *Åkerberg Fransson*, pts 40 et 41 ; concl. sous l'arrêt *Delvigne*, pt 99.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 6.

LE LIBÉRALISME POLITIQUE DE LA COUR DE JUSTICE – LE CAS DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRISE

Edouard Dubout

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Introduction : Une jurisprudence exagérément politique ?

Dire que les juges détiennent un pouvoir de décision politique relève désormais de la plus grande des banalités. Considérée longtemps comme un oxymore, l'expression de « jurisprudence politique » serait devenue un pléonasme, au point qu'elle ne dérangerait plus vraiment (1). Ce constat est d'autant plus vrai en matière de protection des droits fondamentaux, dont la part d'indétermination et la substance morale invitent leur interprète à la formulation de jugement de valeurs particulièrement perméables aux considérations politiques. Si bien que toute juridiction amenée à exercer une fonction de type constitutionnel (2) produit une jurisprudence que l'on peut considérer comme « politique ». À l'évidence, tout dépend cependant de ce que l'on doit entendre par dimension « politique » de la jurisprudence (3). Disons simplement

(1) Dans un article pionnier, le politiste Martin Shapiro a soutenu l'inexistence d'une réelle différence entre droit et politique au profit de ce qu'il désigne être une « jurisprudence politique », dont l'analyse procède d'« une vision des juridictions en tant qu'agences politiques et des juges en tant qu'acteurs politiques ». Voy. M. Shapiro, « Political jurisprudence », *Kentucky Law Journal*, vol. 52, 1964, spéc. p. 296. Aucune frontière ne séparerait ainsi la sphère du droit de celle de la politique, quel que soit le système constitutionnel en cause, à partir du moment où le dernier mot pour trancher les désaccords au sein de la société est confié à des juges. Telle est la tendance, lourde, du constitutionnalisme moderne. Le prolongement théorique de cette posture aboutit à privilégier une approche dite « réaliste » du droit, selon laquelle le raisonnement proprement juridique ne pourrait prétendre à aucune valeur heuristique intrinsèque pour se réduire en réalité, de l'aveu même de certains d'entre eux, à un habillage purement instrumental de préférences personnelles des juges. Voy. notamment R. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008.

(2) L. Azoulai, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008, n° 1, p. 24.

(3) Selon par exemple que l'on adopte une lecture davantage quantitative (la fréquence de remise en cause des choix des autorités politiques) ou qualitative (l'importance des enjeux politiques soumis au contrôle des juges) du pouvoir « politique » des juges.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

que devant la difficulté de définir la *nature* de ce qui est « politique » et de ce qui ne l'est pas, la question que l'on posera est uniquement celle du *degré* de politisation des choix jurisprudentiels de la Cour de justice (4). Or, dans le cas précis de l'Union européenne, l'idée que les juges possèdent un pouvoir politique continue de déranger, en ce sens que l'influence qu'ils exercent sur la maîtrise de la décision politique est fréquemment considérée comme *excessive* (5).

Le reproche du rôle exagérément politique de la jurisprudence de la Cour de justice s'appuie sur une prémisse largement partagée, selon laquelle la jurisprudence serait *structurellement* déformée par la configuration normative particulière de l'intégration européenne (6). En conséquence, la jurisprudence européenne serait marquée par un *biais libéral* qui privilégierait indûment les intérêts économiques par rapport à des intérêts non-économiques, sociaux notamment (7). Ce déséquilibre constitutionnel serait à l'origine d'une forme préoccupante de « dé-politisation » de l'espace européen dans son ensemble, qui pourrait expliquer la résurgence des discours nationalistes et populistes réclamant une récupération du pouvoir politique par les citoyens. Plus qu'à une accaparation du pouvoir politique par les juges, ce serait à sa disparition même que leur contrôle mènerait. Le rôle politique de la Cour de justice aboutirait à ce paradoxe de rendre impensable la création d'un espace politique européen. Pour vérifier le bien-fondé de ce reproche, une analyse de quelques usages que font les juges européens de la liberté d'entreprise désormais consacrée à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union s'avère éclairante. Particulièrement clivantes, l'interprétation et la protection de cette disposition à objet économique sont susceptibles d'alimenter sous certains aspects l'idée d'un déséquilibre constitutif et d'un parti pris fonctionnaliste des juges au profit des intérêts marchands.

Toutefois, une analyse plus nuancée est également envisageable. Elle conduira à préconiser certaines évolutions du cadre juridictionnel

(4) Ce qui est l'optique retenue dans le cadre du présent ouvrage collectif.

(5) Voy. l'ouvrage fondateur de H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff, 1986, 555 p. Pour une approche dans un sens similaire mais davantage centrée sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice, voy. G. Conway, *The Limits of Legal Reasonning and the ECJ*, CUP, 2012.

(6) En ce sens, G. Davies, « Social Legitimacy and Purposive Power : the End, the Means and the Consent of the People », in D. Kochenov, G. De Burca, & A. Williams (eds), *Europe's Justice Deficit ?*, Hart, 2015, pp. 259-274 ; D. Grimm, « The Democratic Cost of Constitutionalisation : The European Case », *ELR*, 2015, vol. 21, n° 4, pp. 460-473.

(7) En dernier lieu, S. Garben, « The Constitutional (Im)balance between « the Market » and « the Social » in the European Union », *European Constitutional Law Review*, 2017, vol. 13, p. 23.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de protection des droits fondamentaux dans l'Union. D'une part, il sera soutenu que serait opportune une articulation plus claire du recours à l'article 16 de la Charte au regard d'autres dispositions des traités avec lesquelles il est souvent associé, notamment les libertés économiques de circulation. De façon générale, cette suggestion milite pour une valorisation par les juges de la place de la Charte au sein du système normatif de l'Union et, en définitive, sa distinction plus nette vis-à-vis du droit primaire issu des traités constitutifs. D'autre part, il sera défendu qu'une argumentation plus poussée dans la manière de contrôler le respect de l'article 16 de la Charte serait bénéfique pour la formation d'un imaginaire politique européen. Cela implique d'adapter le raisonnement juridictionnel lorsque sont en jeu les droits fondamentaux de l'Union, y compris les droits et principes économiques ou sociaux.

De façon générale, l'étude suggère de faire de la Charte le nouveau cœur du constitutionnalisme européen. Pour conclure, de façon contre-intuitive, il sera envisagé que l'intégration européenne puisse gagner en légitimité en assumant que la jurisprudence exerce un rôle *encore plus* politique. Le paradoxe apparent de la proposition peut se comprendre par la spécificité du contexte de l'intégration européenne.

I. – La prémisse : une jurisprudence structurellement biaisée

A. Une première raison semble appuyer la critique selon laquelle la Cour de justice ne bénéficie pas d'une légitimité suffisante pour assumer un rôle politique. Il est certain que l'espace européen en formation ne peut se prévaloir de l'assise d'une véritable communauté « politique » préexistante, souvent mise en avant comme moyen de justifier que le pouvoir judiciaire altère les choix politiques des gouvernants en les indexant sur les aspirations dominantes des gouvernés, conçus comme formant un corps social homogène au nom duquel les juges parleraient. Si bien que, dans une communauté politique homogène, le pouvoir de décision des juges ne restituerait pas leurs convictions personnelles mais les aspirations collectives de la communauté politique, dont ils ne seraient qu'une forme de représentants non-élus (8).

(8) Ce qui invaliderait l'argument fréquemment avancé selon lequel le contrôle de constitutionnalité des lois serait justifié par une logique contre-majoritaire, voy. pour une synthèse critique des débats doctrinaux sur la question aux Etats-Unis, I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis : étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Ce type d'argument pour justifier le pouvoir des juges est, faute de société préconstituée, difficilement à transposable dans le contexte de l'intégration européenne, et plus généralement en dehors de l'État-Nation. Dans un article consacré à ce qu'il nomme pudiquement à la « fonction normative » de la jurisprudence de la Cour de justice, J. Boulouis admettait volontiers sa dimension constructive au regard de la spécificité du contexte de la construction européenne dont l'ambition « vise moins à régir une société déjà existante dans la continuité de son évolution qu'à créer une collectivité nouvelle » (9). Par conséquent, à l'instar des juges internationaux, il devient plus difficile de légitimer le pouvoir des juges européens pour procéder à des arbitrages politiques.

Toutefois, pareil argument d'absence de communauté politique homogène ne permet guère de démontrer en quoi la Cour de justice sortirait de son office juridique et exercerait un rôle exagérément politique.

En premier lieu, contrairement au tournant sociologique qu'ont rapidement pris les études de la dimension politique du pouvoir des juges dans le cadre national, le contexte de l'intégration européenne ne se prête guère à une explication des orientations politiques jurisprudentielles au regard des préférences personnelles des juges (10). L'origine variée des juges, leur profils profondément différents, leur nombre, et l'aléa de la composition de la Cour de justice rendent hautement improbable l'identification de ses solutions comme étant le fruit, presque prévisible, des convictions politiques personnelles des juges. Au point qu'il semble vain de prétendre lui calquer une grille d'analyse éventuellement pertinente s'agissant des juridictions constitutionnelles nationales, et notamment celle de la Cour suprême américaine.

En second lieu, il serait exagéré de prétendre que la Cour de justice serait manifestement plus « activiste » qu'une autre, si tant est – là encore – que ce qualificatif ait un sens communément acceptable (ce dont l'on peut douter (11)). Les études récentes révèleraient au contraire,

(9) J. Boulouis, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence », in *Le juge et le droit public. Mélanges Marcel Waline*, 1974, t. 1, p. 149, reproduit in *Droit communautaire et droit français*, La Mémoire du Droit, 1999, spéc. p. 100. Il entendait néanmoins montrer que la Cour de justice « s'est imposée une discipline tout à fait remarquable » pour maintenir sa jurisprudence « dans les limites d'un exercice rigoureux de la fonction juridictionnelle » (*Ibid.*, spéc. p. 101).

(10) Voy. par exemple, F. Terpan & S. Saurugger, « Peut-on expliquer la Cour de justice de l'Union européenne par ses juges ? », in G. Grandjean & J. Wildemeersch (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 199-218.

(11) I. Fassassi, « Le désaccord sur le concept de retenue judiciaire devant la Cour suprême », *Revue de la Recherche juridique*, 2016, n° 5, p. 1909. Voy. également, L. Clément-Wilz dans le présent ouvrage.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

notamment en période de crise, une attention soutenue de la Cour de justice aux intérêts étatiques pour expliquer le sens de ses décisions (12). La jurisprudence *Dano* et ses suites en est une bonne illustration (13). Les juges eux-mêmes se défendent de tout activisme exagéré. Résolu à montrer en quoi la Cour de justice s'efforce de demeurer dans les frontières d'une tâche spécifiquement juridique, K. Lenaerts distingue la légitimité « externe » de la légitimité « interne » de la jurisprudence, en montrant d'un côté en quoi elle respecte nettement la séparation entre droit et politique en tenant compte de la volonté des autorités législatives européennes et nationales lors de son contrôle, et d'un autre côté quel type de raisonnement spécifiquement juridique et casuistique elle emploie pour résoudre les conflits portés à sa connaissance qui requièrent de faire œuvre créatrice (14).

Il faudrait donc chercher ailleurs que dans les arguments couramment avancés dans les études sur le rôle politique des juges pour être en mesure de démontrer plus objectivement le sentiment que la Cour de justice exerce un rôle exagérément politique.

B. Une autre raison est alors avancée pour étayer la critique d'une jurisprudence exagérément politique. L'origine de son illégitimité serait en réalité « structurelle ». Si la jurisprudence de la Cour de justice est ressentie comme exagérément politique, c'est parce qu'elle serait *structurellement* biaisée par le caractère partiel et partial du projet d'intégration. Parmi les observateurs attentifs du phénomène européen, qu'ils soient philosophes (15), politistes (16), ou juristes (17), la plupart

(12) Il a pu être soutenu que le pouvoir de la Cour de justice restait enchâssé dans des contraintes politiques fortes, notamment en matière sociale, et que les compromis élaborés à l'échelle européenne sont davantage le fruit d'un échange entre les juridictions et les autorités politiques que d'une construction purement ou principalement juridictionnelle, voy. D. S. Martinsen, *An Ever More Powerfull Court ? The Political Constraints of Legal Integration in the EU*, OUP, 2015, 256 p. Pour une discussion, M. Blauberger & S. K. Schmidt, « The European Court of Justice and its political impact », West European Politics, 2017, vol. 40, n° 4, pp. 907-918.

(13) CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13, EU:C:2014:2358. Voy. la contribution d'A. Iliopoulou-Penot dans le présent ouvrage.

(14) K. Lenaerts, « The Court's Outer and Inner Selves : Exploring the External and Internal Legitimacy of the ECJ », in M. Adams, H. de Waele, J. Meeusen & G. Straetmans (eds.), *Judging Europe's Judges*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 13.

(15) A. Somek, « Constitutionalization : Constitution-Making for Individualists », in S. Puntscher Riekmann, D. Wydra, & A. Somek (eds.), *Is there a European Common Good ?*, Nomos, 2013, p. 95.

(16) F. Scharpf, « The Asymmetry of European Integration, or Why the EU Cannot Be a "Social Market Economy" », *Socio-Economic Review*, 2010, pp. 211-250 ; R. Bellamy, « The Liberty of the Moderns : Market Freedom and Democracy within the EU », *Global Constitutionalism*, vol. 1, 2012, pp. 141-172.

(17) Outre les auteurs cités en notes 5 et 6, voy. aussi M. Everson, « The Fault of (European) Law in (Political and Social) Economic Crisis », *Law Critique*, 2013, vol. 24, pp. 107-129.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

s'accorde pour considérer que le *telos* économique fondateur, et selon eux toujours dominateur, des traités constitutifs européens accentue le caractère problématique du pouvoir des juges de l'Union en orientant leurs choix interprétatifs dans un sens prioritairement libéral. Ce déterminisme structurel, provoqué par l'origine même de la construction européenne et de son droit, insufflerait une logique économique et technique à la construction européenne qui participerait à l'expansion d'un modèle individualiste de société, avivant des conflits sociaux et alimentant des réactions de repli et de rejet de la construction européenne. Ce biais structurel rendrait le droit de l'Union incapable d'incarner au travers de ses normes un véritable imaginaire collectif partagé (18).

À terme, en provoquant et accentuant l'émergence d'une société de marché, le droit de l'Union et ses juges sonneraient le glas de l'idée même du politique. La profondeur du mal viendrait de ce que le contrôle de la Cour de justice condamnerait toute possibilité de faire des choix réellement politiques qui ne soient pas dictés par une rationalité économique et/ou technique. Dit autrement, dans le contexte européen, ce n'est pas à une translation du pouvoir politique du législateur vers le juge à laquelle on assisterait, mais à une véritable *disparition* de l'idée même de politique : c'est-à-dire à un phénomène de « dé-politisation » qui alimente un sentiment de déficit démocratique généralisé tant dans l'Union que dans ses États membres. Par la faute du droit de l'Union et de ses juges, plus personne n'exercerait le pouvoir politique sur l'espace européen.

Plus précisément, deux types principaux de critiques, en apparence contradictoires mais qui se rejoignent en définitive, peuvent être avancés à l'appui de la thèse de l'effet structurellement « dé-politisant », de la jurisprudence de la Cour de justice : la critique de la « sur-détermination » et celle de la « sous-argumentation ».

Le premier reproche, que l'on désignera par la suite comme celui de la « sur-détermination » (*cf.* III.), met en avant la *super-structure* européenne, à savoir le biais qui découle de l'élévation judiciaire des traités européens au rang de normes constitutionnelles capables de faire obstacle à un choix politique européen ou national. Contrairement à une constitution classique, limitée à des dispositions essentielles et relativement neutres politiquement sur la distribution des pouvoirs et la protection des droits, le champ constitutionnel européen découlant des traités

(18) U. Haltern, « The Dawn of the Political : Rethinking the Meaning of Law in European Integration », *RSDIE*, 2004, n° 5, pp. 581-614.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

est entièrement traversé d'objectifs – « pétris de téléologie » selon les mots fameux de P. Pescatore – de libéralisation de la production et de la consommation dans un espace présumé inutilement et dangereusement cloisonné. Or ce qui fonde en principe la distinction de la loi ordinaire, espace d'expression du politique, et de la constitution, domaine d'expression des juges, est que cette dernière doit demeurer cantonnée à l'encadrement et à la légitimation du pouvoir politique et non à son remplacement (19). Dès lors que des objectifs précis d'intégration économique sont assignés dans des traités « constitutionnalisés », le droit et les politiques de l'Union seraient condamnés au fonctionnalisme et à l'instrumentalisme en vue de les atteindre sans possibilité de les infléchir par le débat politique, provoquant ainsi un vide politique et démocratique.

Ce phénomène de « sur-détermination » bénéficierait notamment aux libertés européennes de circulation qui investissent la Cour de justice d'un pouvoir suprême de décider dans des domaines économiques et sociaux toujours élargis et qui devraient en principe échouer aux autorités politiques (20), engendrant ce qui a pu être désigné comme une forme originale de « constitutionnalisme de marché » ou encore de « citoyenneté de marché » (21). En conséquence, les juges européens, plus ou moins consciemment, seraient structurellement incités à imposer une rationalité libérale d'efficience économique à l'espace politique européen. Dans le délicat exercice de trouver un équilibre entre le « marché » et le « social », le contrôle juridictionnel européen ne pourrait que fausser le rapport de force dès lors que le « social » a plus à y perdre que le « marché » (22) : soit la mesure contrôlée est jugée contraire au « marché » et alors il n'existe quasiment plus aucune possibilité pour le pouvoir politique d'agir en faveur du « social » (sauf à réviser les traités eux-mêmes), soit la mesure contrôlée est jugée conforme au marché mais en ce cas le pouvoir politique reste encore libre d'agir en défaveur du social. L'exemple de l'interprétation qu'a donnée la Cour de justice de la situation des travailleurs détachés, en l'appréhendant sous le prisme

(19) D. Grimm, « The Democratic Cost of Constitutionalisation : The European Case », préc., spéc. p. 464. Dans le même sens, G. Davies, « Social Legitimacy and Purposive power : The End, the Means, and the Consent of the People », préc., pp. 259-274.

(20) D. Grimm, « The Democratic Cost of Constitutionalisation : The European Case », préc., spéc. p. 467.

(21) M. Everson, « The Legacy of Market Citizen », in J. Shaw & G. More (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*, Clarendon Press, 1995, pp. 73-89 ; N. Nic Shuibhne, « The resilience of EU market citizenship », *Common Market Law Review*, 2010, vol. 47, n° 6, pp. 1597-1628.

(22) S. Garben, « The Constitutional (Im)balance between « the Market » and « the Social » in the European Union », préc., spéc. p. 42.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

marchand de la libre prestation de services (23) et en infléchissant le régime applicable qu'avait élaboré le pouvoir politique européen (24), est une bonne illustration du caractère « constitutionnellement profondément problématique » du pouvoir des juges européens (25). Si bien que le législateur européen a pris « l'habitude d'emprunter les chemins tracés par le juge » (26), sans pouvoir en surpasser les choix (27), réduisant quasiment à néant sa marge de discussion politique.

Le second reproche, que l'on nommera comme celui de la « sous-argumentation » (*cf.* IV.), s'attache davantage à l'*infra-structure*, c'est-à-dire à la manière avec laquelle la Cour de justice tranche les arbitrages politiques dont elle s'empare. La critique pointe le faible appel à des considérations d'ordre moral ou éthique dans le raisonnement judiciaire européen. En apparence, une telle retenue plaiderait plutôt pour un strict respect de l'intégrité de la sphère politique, au sein de laquelle s'expriment les préférences axiologiques des participants au débat, tandis que le raisonnement juridique devrait être cantonné à opposer des arguments plus objectifs et rationnels. Si bien qu'en s'interdisant de recourir à des arguments moraux ou éthiques perméables aux passions, comme le fait la Cour de justice, les juges resteraient dans leur rôle et éviteraient d'empiéter sur le politique. Toutefois, une observation plus fine révèle qu'une telle posture n'est pas toujours souhaitable, et peut avoir comme effet pervers de soumettre en réalité le débat politique à une logique technique et économique, supposée plus rationnelle et plus neutre. En évitant soigneusement tout jugement axiologique, alors même qu'il semble parfois nécessaire à la résolution des conflits dont elle est saisie, la Cour de justice contribue à vider le débat politique de sa substance éthique en lui substituant une logique purement fonctionnelle de prise de décision.

(23) CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C-113/89, EU:C:1990:142.

(24) CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05, EU:C:2007:809 ; CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06, EU:C:2008:189 ; CJCE, 19 juin 2008, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-319/06, EU:C:2008:350.

(25) F. De Witte, « The Constitutional Quality of the Free Movement Provisions : Looking for the Context in the Case Law on Article 56 TFUE », *European Law Review*, 2017, vol. 42, n° 3, spéc. p. 324.

(26) A. Iliopoulou-Penot, « Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen », in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges C. Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, spéc. p. 187.

(27) G. Davies, « The European Union Legislature as an Agent of the European Court of Justice », *Journal of Common Market Studies*, 2016, vol. 54, n° 4, pp. 846- 861.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Pour désigner ce phénomène, le terme de « bathos », opposable à celui d'« ethos », a été suggéré (28). Plus que la structure institutionnelle ou normative des traités, ce serait la structure méthodologique du raisonnement judiciaire européen qui créerait un biais en faveur d'une maximisation des intérêts individuels, notamment économiques, aux dépens des standards éthiques de vie en société (29). À son usage, les conflits entre les valeurs en présence sont résolus selon une recherche de simple efficience, et non en fonction de valeurs morales, contribuant à une dé-politisation généralisée de l'espace européen. Parmi de nombreux exemples, le cas paradigmatique de l'affaire *Viking Line* illustre l'absence de véritable jugement de valeur de la Cour de justice sur le poids moral respectif des intérêts des employeurs et de ceux des travailleurs au profit d'une lecture strictement technique du conflit qui les opposent. Elle conduit mécaniquement les juges à estimer que les syndicats ont agi de manière trop radicale et insuffisamment prudente parce que des moyens d'action potentiellement moins attentatoires aux intérêts en cause et supposément tout aussi efficaces auraient pu être employés (30). L'échec de la tentative de réglementation politique de l'équilibre à trouver entre liberté économique et droit de grève au niveau européen, illustre l'impuissance du politique à faire face à la solution judiciaire issue de ce raisonnement technique (31).

Ces deux types de reproches se combinent pour estimer que le conflit politique dans l'Union est figé dans une solution judicaire structurellement tranchée selon une logique économique et technique, synonyme de la fin du politique. Ce sont ces arguments que l'on voudrait discuter en prenant pour support l'usage fait par les juges européens de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux qui consacre la « liberté d'entreprise ». Un tel choix s'explique aisément.

(28) T. Marzal, « From Hercules to Pareto : Of bathos, proportionality, and EU law », *International Constitutional Law Review*, vol. 15, 2017, pp. 621-648, qui définit le « bathos » de la manière suivante : « an abrupt transition from the elevated to the banal » (spéc. p. 622).

(29) F. De Witte, « Sex, Drugs and EU Law : The Recognition of Ethical and Moral Diversity in Europe », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, n° 6, pp. 1545-1578.

(30) CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, aff. C-438/05, EU:C:2007:772.

(31) Voy. l'abandon de la proposition de la Commission de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, COM(2012) 130 final du 21 mars 2012.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. – La conséquence : une jurisprudence idéologiquement orientée

A. En ce que l'article 16 de la Charte présente la double caractéristique d'une part d'être conçu comme une disposition de *nature constitutionnelle* offrant aux juges un pouvoir de contrôle sur les choix politiques nationaux et européens, et d'autre part de protéger un droit à *objet économique* susceptible d'entrer en conflit avec de nombreux choix politiques et sociaux de vie en collectivité, la manière avec laquelle il est utilisé par la Cour de justice est susceptible d'offrir un point de vue éclairant sur le bien-fondé de la critique de « dé-politisation » de l'espace européen formulée à son encontre et de biais libéral de la jurisprudence européenne.

Introduite tardivement, presque clandestinement, dans la Charte à la demande du gouvernement britannique et au grand dam des représentants des organisations syndicales (32), la liberté d'entreprise est rarement considérée comme appartenant au noyau dur du constitutionnalisme européen. Son absence dans la Déclaration de 1789 (malgré des propositions en ce sens et l'influence des physiocrates), ou encore dans la Convention européenne des droits de l'homme en est une illustration. La liberté d'entreprise, dite « d'entreprendre » en droit français ou de « mener une activité économique » en droit anglo-saxon, n'en est pourtant pas moins consacrée, explicitement ou implicitement, comme une disposition fondamentale dans l'ensemble des ordres constitutionnels nationaux des États membres (33). Voici qui explique certainement que son insertion dans l'ordre juridique de l'Union soit déjà ancienne et remonte au célèbre arrêt *Nold* sous la forme d'un principe général du droit communautaire (34).

Toutefois, jusqu'à son adoption dans la Charte des droits fondamentaux et la reconnaissance de la pleine valeur juridique de cette dernière, un usage prudent et parcimonieux de la liberté d'entreprise caractérisait la jurisprudence européenne. D'une part, avant 2011, la liberté d'entreprise n'était quantitativement que faiblement

(32) G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignages et commentaires*, Le Seuil, 2001, spéc. pp. 137-138.

(33) *Ibid.*, spéc. p. 138.

(34) CJCE, 14 avril 1974, *Nold*, aff. 4/73, EU:C:1974:51, où la Cour en s'inspirant expressément des « traditions constitutionnelles communes » aux Etats membres s'assure que la règlementation européenne ne porte pas d'atteinte injustifiée « au libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

mobilisée (35). D'autre part, selon une formule constante, son contrôle était qualitativement singulièrement restreint et ne saurait s'étendre à « la protection de simples intérêts ou chances d'ordre commercial, dont le caractère aléatoire est inhérent à l'essence même de l'activité économique » (36). Si bien que quasiment aucune décision de violation de la liberté d'entreprise n'a été rendue en tant que principe général du droit, les juges européens lui préférant à l'origine d'autres fondements moins clivants tels que l'égalité ou la proportionnalité (37).

Or, de façon déjà intrigante, on observe depuis sa formalisation à l'article 16 de la Charte et la reconnaissance de sa pleine valeur juridique, une nette intensification, voire une réelle explosion, de la fréquence du recours à la liberté d'entreprise par la jurisprudence. Comparativement à d'autres dispositions de la Charte, l'article 16 est l'une des plus fréquemment mobilisées (38). On peut y trouver un motif d'étonnement légitime en ce que la formulation de l'article 16 de la Charte selon laquelle la liberté d'entreprise « est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales » inciterait plutôt à lui attribuer une normativité assez faible, qui la placerait plus volontiers dans la catégorie des « principes » que dans celle des véritables « droits » au sens de la Charte (39). Malgré sa rédaction prudente, il semblerait que l'article 16 de la Charte, en tant que principe économique, soit davantage utilisé que les autres principes de la Charte, notamment sociaux, confortant le sentiment d'un déséquilibre constitutionnel de l'intégration européenne alimenté par les juges (40). Au point qu'en pratique l'article 16 se rapprocherait dans l'interprétation que ces derniers en font d'un véritable « droit » (41). Pourtant, il semblait plutôt

(35) Dans les jurisprudences de la Cour et du Tribunal, la liberté d'entreprise n'est mobilisée qu'à respectivement 6 et 3 reprises jusqu'en 2011.

(36) CJCE, 14 avril 1974, *Nold*, préc., spéc. pt 14.

(37) En ce sens notamment, P. Oliver « What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve ? », in U. Bernitz *et alii* (eds.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Kluwer, 2013, spéc. p. 281.

(38) Au 1er septembre 2017, l'article 16 de la Charte apparaît dans 40 arrêts, tandis que l'article 7 relatif à la vie privée et familiale, l'un des droits les plus fréquemment invoqués dans le contentieux des droits de l'homme, n'apparaît qu'à 20 reprises, de même que l'article 11 de la Charte relatif à la liberté d'expression et d'information.

(39) Sur la distinction, CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, EU:C:2014:2. Voy. E. Dubout, « Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RTDE*, 2014, n° 2, pp. 409-432.

(40) C. Kaupa, « Maybe Not Activist enough ? On the Court's alleged neoliberal bias in the recent labor cases », in E. Muir, M. Dawson, et B. De Witte (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 56-75.

(41) X. Groussot et al., « Weak Right, Strong Court – The Freedom to Conduct Business and the EU Charter of Fundamental Rights », *Lund University Legal Research Paper Series*, 2014, n° 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

clair que lors de sa rédaction l'article 16 de la Charte avait été conçu pour recevoir le même poids normatif que les principes sociaux avec lesquels il risquait manifestement d'entrer en conflit (42). Une lecture strictement quantitative du recours à l'article 16 de la Charte suscite par conséquent un certain malaise, comme si la consécration explicite de la liberté d'entreprise en tant que droit fondamental avait désinhibé encore davantage les juges à la Cour de justice en les renforçant dans leur biais libéral.

En outre, qualitativement cette fois, l'usage que font les juges européens de l'article 16 de la Charte serait marqué par un déséquilibre injustifié au profit des intérêts économiques au détriment des intérêts contraires, notamment ceux des travailleurs. Loin de demeurer restreint, le contrôle serait devenu particulièrement strict, exposant les intérêts non-économiques à une épreuve renforcée de justification de leur bien-fondé. L'arrêt *Alemo-Herron et a.* en fournit une illustration (43), puisqu'en l'espèce, contre l'avis de son avocat général, la Cour de justice s'est fondée sur la liberté d'entreprise de l'article 16 de la Charte, dans sa composante de liberté contractuelle (alors même que la juridiction de renvoi se plaçait uniquement sous l'angle de l'article 11 de la CEDH relatif à la liberté d'association et, par extension, de négociation collective), pour interpréter la directive sur le transfert d'entreprises afin de remettre en question le bénéfice – pourtant expressément prévu dans les contrats de travail des salariés – de conventions collectives postérieures au transfert. Selon la Cour de justice, l'obligation de respecter ces conventions à venir porterait manifestement atteinte à la *« substance même »* de la liberté d'entreprise (44). En privilégiant l'intérêt de l'entreprise sur celui des travailleurs, les juges révéleraient à nouveau leur véritable « vénération », selon l'expression de S. Weatherhill, de la liberté économique et le biais libéral de leur jurisprudence (45).

En définitive, l'interprétation donnée à l'article 16 de la Charte le rapprocherait progressivement d'une conception maximaliste de la liberté individuelle, envisagée comme un principe de « non-interférence », et

(42) P. Oliver « What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve ? », préc., spéc. p. 293.
(43) CJUE, 18 juillet 2013, *Alemo-Herron et a.*, aff. C-426/11, EU:C:2013:521.
(44) *Ibid.*, spéc. pt 35.
(45) S. Weatherhill, « Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights : On the Improper Veneration of « Freedom of Contract », *European Review of Contract Law*, 2014, vol. 10, n° 1, pp. 167-182.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

susceptible d'être opposée à n'importe quelle contrainte de la vie en collectivité (46).

B. On peut toutefois tenter de dépasser l'impression d'une survalorisation par la jurisprudence de la liberté d'entreprise depuis sa consécration dans la Charte. Plusieurs explications de l'intensification du recours à cette disposition sont envisageables.

Une première proviendrait de ce que le champ de ce que recouvre le terme vague de liberté « d'entreprise » a été précisé de façon extensive avec sa constitutionnalisation par la Charte comme couvrant non seulement la liberté d'exercer une activité économique, mais également la liberté contractuelle, ou encore la libre concurrence (47). Toutefois, aucun de ces aspects n'étant véritablement nouveau, il est difficile d'y voir une raison convaincante d'une utilisation devenue plus intense.

Une deuxième explication consisterait à soutenir que s'il est si spontanément recouru à l'article 16 de la Charte par la Cour de justice, c'est en raison de la dimension principalement économique des contentieux porté à sa connaissance, qui s'explique elle-même soit parce que s'agissant du contrôle de l'Union c'est en ce domaine que l'activité normative est la plus fournie, soit par que s'agissant du contrôle des mesures des États membres le champ du contrôle européen ne couvre que les situations de « mise en œuvre » du droit de l'Union (lui-même principalement économique, rejoignant ainsi la première hypothèse) ou de dérogation aux libertés de circulation qui gouvernent principalement des situations économiques. L'usage important de l'article 16 de la Charte révèlerait, plutôt qu'il n'accentuerait, le tropisme économique de l'intégration juridique européenne, et son biais structurel. Cependant, une telle explication liée à la dominante économique du projet européen ne permet pas d'éclairer pourquoi la liberté d'entreprise, pourtant consacrée dès 1974, n'était pas autant utilisée avant l'adoption de la Charte, alors même que la structure du contentieux européen était encore davantage concentrée sur les questions économiques qu'elle ne l'est aujourd'hui.

Une troisième explication du recours accru à l'article 16 de la Charte soulève l'éventualité d'une *politisation* croissante du raisonnement juridique européen avec l'adoption de la Charte. L'hypothèse qui sera explorée par la suite est celle d'un dévoilement plus affirmé de sa

(46) E. Gill-Pedro, « Freedom to conduct business in EU law : freedom from interference or freedom from domination ? », *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, n° 2, pp. 103-134.

(47) Voy. les explications de la Charte.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

fonction constitutionnelle par la Cour de justice, et par là même d'un endossement plus assumé de son arbitrage politique sur le fondement de la Charte. Voici qui pourrait expliquer, qu'avec la Charte, un principe aussi politiquement sensible que celui de la liberté d'entreprise soit désormais ouvertement mis en avant pour trancher les délicats équilibres de valeurs entre marché et société sur le fondement d'un texte pleinement constitutionnel d'un point de vue substantiel, ce que n'étaient pas les traités fondateurs.

Si elle devait se vérifier, une telle hypothèse de politisation de la jurisprudence sur le fondement de la Charte donnerait une autre tournure à la réflexion. L'idée que les juges européens assument plus ouvertement des choix politiques peut paraître paradoxale pour répondre à un reproche d'une jurisprudence exagérément politique. Il faut plutôt la comprendre comme une manière d'inciter – et non pas de s'opposer – à une structuration progressive de la discussion politique à l'échelle européenne. En cela une jurisprudence plus ouvertement « politique » au niveau européen, contrairement peut-être au reproche qui lui serait adressé dans un contexte national déjà constitué politiquement, pourrait contribuer à la formation d'un espace public transnational de discussion et de participation à l'échelle européenne. En dévoilant la dimension politique des arbitrages qu'elle effectue, notamment lorsqu'est en jeu un intérêt économique opposé à un intérêt social ou non-marchand, la juridiction européenne participe à l'émergence d'une culture politique complexe par le droit, ou pour le dire simplement elle politise l'espace européen plus qu'elle ne le dé-politise.

Reste à vérifier l'hypothèse en la confrontant aux deux critiques évoquées de « sur-détermination » et de « sous-argumentation » de la jurisprudence européenne

III. – Premier reproche : la critique de la « sur-détermination »

A. Pour ses contempteurs, la rigidité des objectifs économiques des traités jalousement gardés par la Cour de justice rendrait vaine toute tentative d'expression d'une volonté proprement politique. Une solution pour mettre fin à ce déficit politique et démocratique, en vue d'offrir à la construction européenne la possibilité d'accéder à une dimension véritablement politique, ne serait autre que de « dé-constitutionnaliser » une partie des traités européens, notamment ses dispositions de libéralisation du marché intérieur, pour que les équilibres entre marché et

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

société soient tranchés de façon moins biaisée par des organes proprement politiques et non plus juridictionnels ou techniques (48). Pareille explication de la « sur-constitutionnalisation » du droit de l'Union comme élément structurel d'allocation d'un pouvoir politique excessif à la Cour de justice est certes intéressante en ce qu'elle met en avant des spécificités du contexte normatif pour tenter de livrer une clé de lecture du déséquilibre entre juge et législateur sur l'espace européen. Elle n'est toutefois pas entièrement convaincante pour bon nombre de raisons (49). En outre, la solution préconisée de « dé-constitutionnalisation » peut paraître bien vaine. C'est à ce stade que la consécration de l'article 16 de la Charte et l'utilisation qui en est faite par la Cour de justice sont intéressantes.

La liberté d'entreprise de la Charte offre formellement aux juges européens un moyen tout aussi puissant que les libertés fondatrices des traités d'orienter la définition de l'équilibre à trouver entre marché et société sur l'espace politique européen. À l'évidence, la liberté d'entreprise et les libertés de circulation poursuivent des finalités différentes, voire même potentiellement contradictoires (50). Elles se rejoignent néanmoins pour protéger un intérêt économique contre des réglementations ou comportements qui limiteraient le développement d'une activité. Par conséquent, si par l'intermédiaire de l'article 16 de la Charte, dont il est plus difficile de contester la présence au sein du système constitutionnel européen que celle des libertés de circulation (51), la jurisprudence parvient à adopter des solutions semblables, voire même plus

(48) D. Grimm, « The Democratic Cost of Constitutionalisation : The European Case », préc., spéc. p. 473 ; F. Scharpf, « After the Crash : A Perspective on Multilevel European Democracy », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 3, spéc. p. 401.

(49) Sur cet aspect, voy. par exemple les contributions de M. Dawson, « The Political Face of Judicial Activism : Europe's Law-politics Imbalance », et de M. Höreth, « The Least Dangerous Branch of European Governance ? The European Court of Justice Under the Checks and Balances Doctrine » dans l'ouvrage *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar Publishing, 2013. Tout d'abord, il est aisé de voir combien l'apparente force qui est prêtée à la Cour de justice pour imposer ses vues politiques ne dissimule pas sa faiblesse réelle, tenant notamment à l'absence de véritables pouvoirs autonomes de contrainte. Si bien que sans le concours d'autres organes et leur acceptation – au moins tacite – de sa jurisprudence, le pouvoir propre de la Cour de justice apparaît bien plus ténu qu'on ne voudrait nous le faire croire. Ensuite, la faiblesse du politique dans l'Union européenne ne tient pas à la prétendue force du pouvoir judiciaire mais plus généralement à un système institutionnel particulièrement complexe qui paralyse la formation d'une volonté politique intelligible au sein des institutions communes.

(50) Pour une comparaison entre des buts et effets de la liberté d'entreprise et des libertés de circulation, ainsi que leur possible confrontation, R. Babayev, « Private autonomy at Union level : Article 16 CFRUE and Free Movement Rights », *Common Market Law Review*, 2016, vol. 53, n° 4, pp. 979-1006.

(51) Voy. la thèse de M-L.Dussart, *Constitution et économie*, Paris, Dalloz, 2015.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

discutables encore, que celles définies sur le fondement des dispositions du marché intérieur, la préconisation de les « dé-constitutionnaliser » comme moyen de redonner une dynamique politique à la construction européenne devient parfaitement inutile. L'ensemble de la thèse selon laquelle l'équilibre entre intégration juridique et intégration politique serait faussé en raison d'une « sur-détermination » de la construction européenne en deviendrait caduque. Or, l'évolution de la jurisprudence et le recours accru à l'article 16 de la Charte en lien avec les libertés de circulation laissent penser que les arbitrages de la Cour de justice ne changeraient pas fondamentalement dans un contexte constitutionnel plus classique, amputé de la place prépondérante qu'occupe la construction du marché dans le logiciel des traités. Deux affaires illustrent plus particulièrement la liaison, voire la fusion, de la liberté d'entreprise et des libertés économiques des traités qu'opère les juges européens.

Dans l'arrêt *Pfleger et a.*, la Cour de justice a procédé à un alignement de la portée de l'article 16 de la Charte sur celle de libre prestation de services en matière de jeux de hasard (52). Dans un passage en apparence anodin, après avoir conclu au caractère injustifié de la réglementation autrichienne limitant l'usage de machines à sous à l'aune de la libre prestation des services, elle y affirme qu'« un examen de la restriction représentée par la réglementation nationale en cause au principal au titre de l'article 56 TFUE couvre également les éventuelles restrictions de l'exercice des droits et des libertés prévus aux articles 15 à 17 de la Charte de sorte qu'un examen séparé à ce titre n'est pas nécessaire » (53). On peut l'entendre comme signifiant que dès lors qu'une mesure est jugée entraver arbitrairement la libre prestation de services, un tel constat épuise le grief de violation des droits de liberté professionnelle (article 15 de la Charte), de liberté d'entreprise (article 16 de la Charte), et du droit propriété (article 17 de la Charte). Une telle interprétation est à la rigueur compréhensible s'agissant de l'article 15 de la Charte qui renvoie expressément dans ses « Explications » aux libertés de circulation prévue par les traités, mais l'est en revanche bien moins concernant les articles 16 et 17 qui ont un objet différent.

Pour fonder une telle assimilation des libertés de circulation et des droits économiques protégés par la Charte, la Cour de justice renvoie, de façon maladroite, aux conclusions de son avocat général E. Sharpston qui s'était pourtant prononcée dans un sens opposé sous

(52) CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger et a.*, aff. C-390/12, EU:C:2014:281.
(53) *Ibid.*, spéc. § 60.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'angle de libre prestation des services, c'est-à-dire en *faveur* du caractère justifié et proportionné de la mesure nationale. Si bien que, dans l'esprit de l'avocat général, lorsqu'une mesure nationale est justifiée sous l'angle de la libre circulation des traités, alors les droits économiques de la Charte n'imposent aucune contrainte *supplémentaire* pour les autorités nationales afin de limiter la liberté économique (54). Dit autrement, le libéralisme économique de la Charte ne saurait aller au-delà du libéralisme économique des traités. Mais l'interprétation donnée par la Cour de justice aboutit à un résultat bien différent, voire inverse, consistant à dire que la protection de la liberté économique offerte par les traités est *au moins équivalente* à celle garantie par la Charte, de sorte qu'une fois la violation de la première est reconnue l'examen de la seconde n'est plus nécessaire car elle est automatiquement enfreinte par ricochet. Une correspondance explicite est ainsi établie entre la protection des libertés des traités, peu courantes en droit constitutionnel, et celle des libertés de la Charte, qui sont en revanche des dispositions plus classiques du droit constitutionnel.

À partir de l'établissement de cette correspondance, une tendance nette s'est dessinée pour interpréter conjointement la liberté d'entreprise de la Charte et la libre circulation économique des traités l'une au regard de l'autre et réciproquement, au point qu'elles paraissent indissociables. Dans un arrêt bien plus sensible politiquement rendu dans l'affaire *AGET Iraklis*, la Cour de justice était saisie de la délicate question de la protection contre le licenciement collectif en Grèce dans un contexte de crise économique aigüe et de chômage massif (55). Alors qu'à aucun moment l'entreprise AGET Iraklis, filiale du groupe Lafarge requérante au principal, n'avait soulevé une violation de l'article 16 de la Charte à l'encontre de la loi grecque soumettant une décision de licenciement collectif à une autorisation administrative préalable, l'avocat général N. Wahl prit le parti de le soulever d'office et d'interpréter à sa lumière le droit à la liberté d'établissement protégé par l'article 49 TFUE, liant ainsi nettement les deux dispositions. Donnant le ton dès le début de son plaidoyer en postulant comme point de départ du raisonnement que « l'Union européenne est fondée sur une économie de marché libre, ce qui implique que les entreprises doivent être libres de mener

(54) Conclusions du 14 novembre 2013, EU:C:2013:747, spéc. pt 70 : « J'estime, par conséquent, que les articles 15 à 17 de la Charte n'imposent pas, pour qu'une restriction à la libre prestation des services soit autorisée, le respect d'obligations *plus importantes* que ce qu'établit déjà la jurisprudence de la Cour s'agissant de l'article 56 TFUE » (je souligne).

(55) CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, EU:C:2016:972.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

leurs activités comme elles l'estiment nécessaire » (56), le recours à cette combinaison des articles 49 TFUE et 16 de la Charte permit à l'avocat général de caractériser une restriction à la liberté d'établissement alors même qu'il n'en était pas directement question puisque l'entreprise en procédant au licenciement collectif ne souhaitait aucunement s'établir en Grèce, mais au contraire *renoncer à s'établir* dans cet État. L'atteinte à ce qui relève avant tout de la liberté d'entreprise, à savoir le fait que l'interdiction du licenciement collectif « s'immisce […] directement dans l'organisation interne des entreprises et dans la gestion de leur personnel, de même qu'elle les expose au risque éventuel d'une exploitation à perte » sert de relais pour qualifier la mesure d'entrave à la liberté d'établissement et déclencher le contrôle de la Cour sur ce fondement (57).

Dans cette affaire, le contraste est saisissant entre l'importance accordée à l'article 16 de la Charte et celle donnée aux principes sociaux du même texte que l'avocat général écarte radicalement comme étant inopposables faute de législation européenne suffisamment pertinente et précise pour les mettre en œuvre, ce qui prêtait à tout le moins à discussion s'agissant du licenciement collectif dont une directive réglemente la procédure (mais non le fond). Au terme de cette lecture orientée, nulle surprise que l'avocat général conclue que la procédure litigieuse de contrôle des licenciements collectifs soit tout simplement « inapte » à protéger les intérêts des travailleurs, dont le bien-être dépendrait avant tout de la rentabilité des entreprises et par conséquent de leur liberté d'investir ou non dans un État. Dans son arrêt de Grande chambre, la Cour de justice adoptera une position nettement plus nuancée, mais le résultat sera le même puisqu'elle estimera que, bien qu'elle soit potentiellement légitime et adaptée à la protection des intérêts des travailleurs, la règlementation litigieuse limitant le licenciement collectif se fonde sur des critères « formulés de manière très générale et imprécise » (58), si bien qu'elle doive être jugée disproportionnée.

Avant de parvenir à un tel constat, la Cour de justice reprend à son compte la liaison établie par l'avocat général entre liberté d'établissement et liberté d'entreprise. Selon elle, l'entrave à la liberté d'établissement résulte bien du fait que « la décision de procéder à un licenciement collectif constitue une décision fondamentale dans la vie d'une entreprise » rendant ainsi moins attrayante la constitution d'une filiale

(56) Conclusions du 9 juin 2016, EU:C:2016:429, spéc. pt 1.
(57) *Ibid.*, spéc. pt 47 des conclusions.
(58) CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, préc., spéc. pt 99.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dans l'État membre en limitant la possibilité (59). Le critère de l'accès au marché utilisé en matière de liberté de circulation est fondu dans celui de l'atteinte à la liberté pour l'entreprise de s'auto-déterminer lui conférant une dimension encore plus dérégulatrice. Une fois l'entrave à la liberté d'établissement ainsi établie, la qualification rétroagit sur la violation à la liberté d'entreprise qui en devient mécaniquement déduite de la précédente (60). L'intrication entre les deux dispositions est rendue telle qu'elles semblent devenues indissociables l'une de l'autre.

B. Des lectures opposées de ce rapprochement jurisprudentiel de la liberté de circulation économique et de la liberté d'entreprise peuvent être données.

L'une, probablement la plus courante, considérera que les libertés économiques des traités, incarnation du *telos* européen et du fonctionnalisme qui servit de moteur à l'intégration, ont perverti l'interprétation du droit fondamental à la liberté d'entreprise inscrit à l'article 16 de la Charte. Si l'article 16 est autant utilisé et de façon si dynamique comparativement à l'usage qu'en font les juges constitutionnels internes, ce serait parce que le terreau juridique y était particulièrement favorable en raison du biais économique préalable des traités fondateurs. Selon cette lecture, le déséquilibre structurel et la « sur-détermination » de la jurisprudence par les objectifs économiques des traités serait confirmé, et même accentué, par la dialectique qui se noue entre liberté de circulation et liberté d'entreprise. Le code génétique du droit de l'Union articulé autour d'une vision libérale d'un projet de société continuerait de se ressentir au sein même de l'interprétation des droits fondamentaux par la Cour de justice (61), et *a fortiori* sur la liberté d'entreprise. Toutefois, comme cela a été dit, il peut paraître surprenant qu'une telle dialectique entre liberté de circulation et liberté d'entreprise ne se soit nouée qu'après l'adoption de la Charte, alors même que la liberté d'entreprise était déjà consacrée dès les premiers temps de la protection des droits fondamentaux dans l'Union. Il est douteux que son simple passage du droit non-écrit au droit écrit ait suffit pour soudainement désinhiber les ardeurs libérales enfouies de la Cour de justice.

Une autre lecture est envisageable. Elle consiste à reconnaître que l'interprétation de la liberté d'entreprise autorise les juges

(59) *Ibid.*, spéc. pt 54.

(60) *Ibid.*, spéc. pts 66 et s.

(61) En ce sens notamment, D. Chalmers, S. Trotter, « Fundamental Rights and Legal Wrongs : The Two Sides of the Same EU Coin », *European Law Journal*, vol. 22, 2016, n° 1, pp. 9-39.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'Union à procéder à des arbitrages aussi contestables, voire même encore plus favorables aux intérêts économiques, qu'ils ne le feraient sur le fondement des libertés du marché constitutionnalisées. Il est bien connu qu'une tension divise les juges et la jurisprudence sur la portée du contrôle à opérer au regard des libertés fondatrices du marché intérieur. Il ne manque pas de prises de positions au sein de la Cour de justice pour rappeler que, *contrairement* à la liberté d'entreprise, les libertés de circulation des traités n'ont pas pour finalité de libéraliser les marchés nationaux mais uniquement de les ouvrir les uns aux autres (62). Le rapprochement explicite et de plus en plus fréquent de la libre circulation avec la liberté d'entreprise peut se comprendre comme une évolution vers un changement de finalité encore plus politique des dispositions des traités en tant que dispositions de libéralisation du commerce et non plus seulement des échanges transnationaux, ainsi que l'unification de leur régime derrière le critère de l'accès au marché le laisse penser. On peut, selon ses préférences politiques, s'en féliciter ou le déplorer, mais il reste que tel n'était pas le cas auparavant sauf à considérer que la référence à l'article 16 de la Charte ne change absolument rien à ce qui était déjà en substance l'état du droit antérieurement à son usage désormais intensif.

Par conséquent, il est possible d'admettre que faire le choix d'un libéralisme économique sur le fondement de l'article 16 de la Charte est *détachable de tout déterminisme structurel* découlant de la nature conventionnelle et de l'objet économique des traités fondateurs. C'est plutôt la position propre à tout juge constitutionnel lorsqu'il interprète le droit fondamental à la liberté d'entreprise, consacré dans l'ensemble des ordres constitutionnels des États membres, d'être en mesure de faire un tel choix. Loin d'accentuer un biais structurel du droit de l'Union, la Charte en normalise l'architecture en l'inscrivant dans le cadre courant du constitutionnalisme moderne sur la base de dispositions « classiquement » constitutionnelles. Si bien que « dé-constitutionnaliser » une partie des traités, et notamment celle sur le marché, ainsi que le

(62) Voy. notamment les conclusions des avocats généraux Tesauro du 27 octobre 1993 dans l'affaire *Hünermund* (aff. C-292/92), EU:C:1993:863, spéc. pt 28 : « Nous estimons en effet que l'article 30 a pour objectif de garantir la libre circulation des marchandises, afin de constituer un marché unique et intégré, en éliminant donc les mesures nationales qui de quelque façon que ce soit créent un obstacle ou même de simples difficultés dans les mouvements de produits ; et non pas d'interdire les mesures les plus disparates afin d'assurer la plus forte expansion possible, en définitive, du commerce » ; ou Poiares Maduro du 30 mars 2006 dans l'affaire *Alfa Vita* (aff. C-158/04 et C-159/04, EU:C:2006:212), spéc. pt 41 : « il est clair que la mission de la Cour n'est pas de mettre systématiquement en cause les orientations de politique économique des États membres ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

préconisent les critiques de la « sur-détermination » de la jurisprudence, ne résoudrait en rien la question du déficit politique européen. Si la « dé-constitutionnalisation » est inutile, le reproche de « sur-constitutionnalisation » est-il réellement fondé ? Il est permis d'en douter.

Une telle lecture ne doit assurément pas être comprise comme une tentative de justification de la légitimité de l'orientation politique actuelle de la jurisprudence. L'ambition est plus modeste. Elle vise uniquement à souligner qu'il ne saurait exister de fatalité à l'incapacité de basculer dans une intégration politique en raison d'une structure normative considérée comme biaisée par le péché originel de l'établissement d'un marché unifié. L'équilibre à trouver entre droit et politique ne peut être ramené à un mécanisme de « vase communiquant » selon lequel l'accroissement du poids de l'un se traduirait nécessairement par une diminution du poids de l'autre et réciproquement. Un pouvoir juridictionnel fort n'est pas incompatible avec l'émergence d'un pouvoir politique également fort ; bien au contraire, il est possible de soutenir qu'au travers de la protection de droits fondamentaux, y compris en matière économique, la jurisprudence est amenée à dévoiler plus ouvertement la dimension politique du projet de société en construction, et contribuer ainsi à une plus grande polarisation des enjeux politiques à l'échelle européenne, quitte à provoquer une réaction d'hostilité *à l'échelle européenne*. Par conséquent, l'usage devenu intense de l'article 16 de la Charte, notamment en lien avec les libertés de circulation, peut ne pas être compris comme un facteur supplémentaire de « dé-politisation », mais au contraire comme une forme d'affirmation plus explicite d'orientations politiques fortes de la part des juges.

Nul doute toutefois que pareils choix politiques ne manqueront pas d'alimenter la critique, redonnant au débat une tournure plus classique selon laquelle les juges européens outrepasseraient les limites inhérentes à leur pouvoir. C'est pourquoi, il serait préférable qu'une scission plus nette soit établie entre ce qui relève de la construction du marché, et donc d'un contrôle orienté vers une fin déterminée (et pour cette raison dépolitisé) d'une part, et ce qui relève de la protection de la liberté et des droits fondamentaux qui s'inscrit dans un contrôle plus classiquement politique (à l'instar de celui qu'effectue tout juge constitutionnel) d'autre part. Cela est particulièrement vrai de l'article 16 de la Charte, dont les liens avec les libertés économique originelles sont ambigus. De ce point de vue, une distinction selon que la situation soumise au contrôle de la Cour est nettement transnationale ou non,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pourrait permettre de mieux démarquer les deux fondements normatifs et les deux types de contrôle (63).

En conséquence, la Cour de justice devrait être amenée de façon générale à réfléchir plus avant sur la place singulière qu'occupe la Charte dans l'édifice normatif européen (64). Dire, comme le fait l'article 6 § 1 TUE, qu'elle « a la même valeur juridique que les traités » entretient une perception banalisante du texte qui se veut incarner le support d'un véritable projet de société et non une collection de compétences, d'objectifs, et d'institutions pour les atteindre. Sous un angle substantiel, la Charte est non seulement plus complète et moins orientée que les traités, mais elle incarne également plus ouvertement un système de valeurs qui n'était au mieux qu'implicite dans les traités fondateurs. Elle n'encoure pas, ou moins, le reproche d'être « sur-déterminée » par des finalités principalement économiques. C'est pourquoi, sous un angle plus formel, la formule selon laquelle la Charte « a la même valeur juridique que les traités » mériterait d'être nuancée pour qu'en pratique les traités eux-mêmes soient interprétés à la lumière de la Charte, et non l'inverse. C'est peut-être ce qu'a voulu tenter, maladroitement, la Cour de justice en rapprochant progressivement les libertés des traités et la liberté d'entreprise de la Charte, mais le résultat est plutôt opposé, à savoir qu'en l'état actuel la Charte est davantage interprétée à la lumière des traités. On suggérera que le lien entre Charte et traités devrait être affiné de la manière suivante : d'un côté, au stade de l'applicabilité en distinguant plus nettement les cas d'entrave à l'accès transnational au marché des cas d'ingérence à la liberté d'entreprise, et d'un autre côté au stade de l'application en effectuant l'arbitrage des libertés du marché et de l'intérêt général contraire à la lumière de l'équilibre supérieur des valeurs de la Charte. Cela pose la question de la façon avec laquelle les arguments sont déployés par les juges pour procéder aux équilibres politiques soumis à leur contrôle.

IV. – Second reproche : la critique de la « sous-argumentation »

A. Le grief de la « sous-argumentation » du contrôle se combine avec celui de « sur-détermination » de la jurisprudence par les traités

(63) A. Usai, « The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, spéc. p. 1181.

(64) L. S. Rossi, « Same Legal Value as the Treaties » ? Rank, Primacy, and Direct Effects of the EU Charter of Fundamental Rights », *German Law Journal*, 2017, vol. 18, n° 4, pp. 771-797.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pour considérer que la Cour de justice non seulement attire à elle en les déformant les conflits constitutionnels, mais également les tranche dans une perspective purement fonctionnelle indépendamment de considérations d'ordre éthique. Tout entier orienté vers la satisfaction des fins assignées par les traités, le contrôle juridictionnel se dispense de procéder à une véritable évaluation axiologique des intérêts en conflits. Le recours à l'article 16 de la Charte provoque toutefois un effet clivant dans la jurisprudence qui amène les juges à exposer plus ouvertement le conflit de valeurs dont ils sont saisis. Peut s'observer à cette faveur une forme de re-politisation de la jurisprudence qui amène à nuancer le reproche initial.

Souvent désignée comme la « technique dominante » du constitutionnalisme moderne (65), la proportionnalité fait passer le raisonnement judiciaire d'une fonction apparente d'application de la loi générale à un cas concret, à une fonction plus ouvertement constructive d'évaluation et de pondération des intérêts en présence afin de dégager une solution qui pourra être considérée comme suffisamment acceptable par les justiciables. Sur elle repose en grande partie la légitimité du contrôle du juge afin de proposer une analyse qui se veut plus rationnelle que des débats politiques exposés aux passions. S'agissant de normes à texture ouverte et largement imprécise comme le sont les droits fondamentaux, la proportionnalité serait même, pour ses promoteurs, inhérente à tout opération de détermination de leur signification selon une logique « d'optimisation » de leur protection (66). L'inévitable « guerre des valeurs » qu'engendre la manipulation de ces normes, contraint le juge à rechercher un équilibre entre elles au moyen d'un raisonnement que l'on présente souvent, du moins en Europe, comme se déployant en quatre étapes, désormais bien connues, consistant à : i) identifier un but légitime afin de déroger à une norme (test de légitimité), ii) évaluer l'aptitude de la mesure litigieuse à atteindre ce but (test d'aptitude), iii) vérifier la nécessité de cette mesure pour atteindre le but (test de nécessité), et iv) s'assurer que les inconvénients provoqués par la mesure n'excèdent pas ses avantages (test de proportionnalité *stricto sensu*).

Toutefois au sein de ces quatre étapes, deux revêtent un caractère relativement neutre et technique : les tests ii) et iii) d'aptitude et

(65) A. Stone Sweet & J. Mathews, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 47, pp. 72-164.

(66) R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, spéc. pp. 388-389.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de nécessité ; tandis que les deux autres requièrent une position axiologique et un jugement de valeurs : les tests i) et iv) de légitimité et de proportionnalité *stricto sensu*. Un exemple simple suffit à le montrer : si une personne en tue une autre parce qu'il a une autre couleur de peau, il est évident que le premier test ne sera pas satisfait et le but poursuivi sera considéré comme illégitime ; tandis que s'il la tue pour défendre sa propriété, un but légitime à son acte pourra être admis. Un jugement de valeur important est toutefois déjà nécessaire pour considérer que le racisme est une mauvaise chose, mais que le capitalisme est une bonne chose. En revanche, que la mesure soit « apte » à atteindre son but et qu'elle soit absolument « nécessaire » dépendra de considérations le plus souvent techniques et factuelles, comme par exemple celles de savoir si le voleur est seul ou s'ils sont plusieurs (en ce cas le meurtre de l'un seulement ne serait pas « apte » à défendre efficacement la propriété), ou encore si le propriétaire est particulièrement vulnérable ou s'il a une force physique qui lui permettrait de s'opposer le voleur sans le tuer (en ce cas le meurtre ne serait pas un moyen « nécessaire » d'atteindre le but puisque d'autres moyens auraient permis de parvenir au même résultat). Lors de ces deux étapes suivantes, contrairement à la première, aucun jugement de valeur n'est énoncé. Enfin, le dernier test de proportionnalité *stricto sensu* refait basculer celui qui l'opère dans un jugement de valeur. Pour reprendre l'exemple, si le meurtre est bien le seul moyen apte et nécessaire pour que le propriétaire empêche le vol, alors le dernier test impose de trouver un équilibre entre la valeur « propriété » d'un côté et la valeur « vie » d'un autre côté. Généralement, il sera considéré que les inconvénients qu'impliquent la défense de la propriété l'emportent sur les avantages escomptés parce que la valeur vie est affectée d'un poids supérieur à la valeur propriété dans la conception morale dominante. Un jugement éthique est alors nécessaire pour les pondérer. Dit autrement, le rôle politique du juge dans le contrôle de la proportionnalité se concentre au moment du premier et surtout du dernier test, alors qu'il se contente d'être technique lors des deuxième et troisième tests.

Ainsi que des auteurs critiques l'ont constaté (67), les juges à la Cour de justice ne pratiquent quasiment jamais les premier et dernier tests du contrôle de proportionnalité dans le contentieux des libertés économiques, pour se concentrer principalement sur ceux, techniques,

(67) Voy. notamment G. Davies, « Free movement, the quality of life, and the myth that the Court balances interests », in P. Koutrakos, N. N. Shuibhne, et P. Syrpis (eds.), *Exceptions From EU Free Movement Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, spéc. pp. 227 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'aptitude et la nécessité de la mesure litigieuses. De cette façon, les conflits entre les valeurs en présence sont résolus de façon principalement technique et factuelle provoquant une « sous-politisation » de l'espace européen. La Cour de justice est bien le théâtre d'arbitrage hautement politique entre des valeurs conflictuelles, mais elle les tranche de façon principalement technique en s'attachant aux faits de la cause et en évitant de prendre position sur des considérations d'ordre moral ou éthique, sur la prévalence d'une valeur par rapport à une autre. Quoi qu'en disent les juges (68), à aucun moment dans l'affaire *Viking Line* une ré elle *« mise en balance »* entre la protection des travailleurs d'un côté et développement de l'entreprise d'un autre côté, n'est effectuée : le contrôle se limite à un test de nécessité et d'efficience de la mesure, et renvoyant au juge national le soin de se prononcer sur ce point au regard des circonstances factuelles de l'espèce (69). De même, dans l'affaire *AGET Iraklis*, le raisonnement fondé sur la liberté d'établissement, qui contamine par ricochet la solution donnée au titre du respect de l'article 16 de la Charte, n'atteint pas le dernier stade du contrôle de proportionnalité *stricto sensu* et se cantonne au test de nécessité (70).

Il serait de prime abord possible de comprendre ce choix méthodologique comme une marque de déférence à l'égard des autorités politiques nationales. L'adaptation du contrôle de proportionnalité au contexte européen, en le concentrant sur ses étapes les moins sensibles politiquement, serait ainsi le gage d'une forme de neutralité axiologique du système d'évaluation des choix nationaux. Le résultat est néanmoins un appauvrissement du raisonnement juridictionnel qui se ramène à une évaluation factuelle des risques et des solutions, évidée de toute substance morale. Le recours à la proportionnalité s'en trouve dévoyé. Alors que cette technique est supposée ouvrir un espace de justification et d'argumentation capable de sublimer la prise de décision par un échange approfondi, éclairé, et rationnel entre intérêts concurrents (71), elle conduit dans le cas européen à rabaisser la responsabilité politique à un simple calcul d'efficience économique. En ce sens, la jurisprudence alimente une dé-politisation du débat d'idées sur l'espace européen en imprégnant les discussions d'une logique purement factuelle et quasiment comptable, sans qu'aucune idéologie ne puisse en

(68) CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, préc., spéc. pt 79.
(69) *Ibid.*, spéc pt 87.
(70) CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, préc., spéc. pt 100.
(71) M. Kumm, « The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification : The Point of Rights-based Proportionality Review », *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2010, n° 2, pp. 142-175.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

émerger. L'espace ainsi créé serait celui de l'efficience économique des choix nationaux et paralyserait toute projection vers une Europe politique. Nulle surprise dès lors à ce que le déficit démocratique perdure face au sentiment d'impuissance politique que suscite l'arbitrage ultime des juges européens.

B. L'irruption de la Charte et de la liberté d'entreprise dans le contentieux européen pourrait-elle faire évoluer le raisonnement en lui insufflant une dimension plus politique ? En apparence rien n'est moins sûr, la liberté d'entreprise entretenant une proximité avec les libertés économiques, elle devrait au contraire renforcer l'impression d'un contrôle focalisé sur la vérification de l'efficience des moyens employés par les organes politiques au regard des intérêts du marché. Pourtant, il est intéressant de constater que l'usage de l'article 16 de la Charte s'accompagne d'une forme de politisation du raisonnement judiciaire européen, ou du moins d'une explicitation de sa dimension politique. Un raisonnement plus axiologique se substitue ainsi à l'approche technique (72).

La Cour de justice s'est ouvertement aventurée à pratiquer un test de proportionnalité *stricto sensu* sur le fondement de l'article 16 de la Charte à propos de la question de la validité de la directive relative aux services de médias audiovisuels. Dans l'affaire *Sky Österreich*, la société requérante avait acquis des droits exclusifs de retransmission d'une compétition sportive, mais se voyait contrainte en vertu de la directive européenne d'autoriser d'autres diffuseurs à avoir librement accès à des extraits dès lors que le passage en cause présentait « un grand intérêt pour le public » (73). Entraient de la sorte en conflit la liberté d'entreprise d'un côté et la liberté d'expression et d'information de l'autre. Après avoir estimé que l'atteinte à la liberté d'entreprise poursuivait un but « légitime » de pluralisme, qu'elle était « apte » à atteindre ce but en permettant à n'importe quel diffuseur d'y avoir accès indépendamment de ses capacités financières, et qu'elle était « nécessaire » en ce qu'aucune autre mesure technique n'aurait permis d'atteindre ce but, la Cour s'emploie à vérifier que la mesure procède à une juste « mise en balance » des intérêts en cause. Le stade du contrôle de la proportionnalité *stricto sensu*, dite parfois « double proportionnalité », est ainsi pour une rare fois ouvertement abordé par les juges. Il requiert de ne

(72) Sur la différence possible de raisonnement selon que le contrôle de proportionnalité est effectué sous l'empire des libertés de circulation ou de la Charte, R. Babayev, « private autonomy at Union level : Article 16 CFRUE and Free Movement rights », préc., spéc. pp. 997 et s.

(73) CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, EU:C:2013:28.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pas déformer l'analyse en hiérarchisant un principe et une dérogation, les deux valeurs en présence étant placées sur un même plan. Par conséquent, leur conciliation doit jouer dans les deux sens et suppose un jugement de valeur.

Dans la mise en balance, la règle de raisonnement peut être résumée comme suit : plus le degré d'atteinte à un intérêt augmente, plus le degré d'importance de satisfaire l'autre intérêt doit être élevé (74). Trois étapes doivent alors être remplies pour y procéder : i) établir le degré d'atteinte à un intérêt (« faible », « modéré », ou « sérieux » selon la typologie donnée par R. Alexy), ii) établir le degré d'importance de l'intérêt concurrent (selon la même échelle « faible », « modéré », ou « sérieux ») et, enfin crucialement iii) établir si le degré d'importance de cet intérêt justifie le degré d'atteinte à l'autre intérêt. À chaque fois, des jugements de valeurs sont nécessaires. En l'espèce de l'affaire *Sky Österreich*, la Cour de justice commence par considérer que le degré d'atteinte à la liberté d'entreprise est plutôt « faible », en ce que l'obligation de céder gracieusement les droits de retransmission ne vaut que pour des programmes strictement définis et pour des passages très brefs, et n'empêche pas l'entreprise qui a acquis des droits exclusifs de négocier leur valeur à l'achat et à la revente (étape n° 1) (75). Ensuite, elle évalue au contraire comme « sérieux » et étant de particulièrement haute valeur l'intérêt concurrent de l'accès à l'information et de préservation du pluralisme afin que les groupes les plus puissants ne privatisent pas l'information publique (étape n° 2) (76). En conséquence de cette appréciation politique, la Cour de justice conclut que la conciliation entre la liberté d'entreprise et la liberté d'information a raisonnablement pu être effectuée en faveur de la seconde par le législateur européen (étape n° 3) (77).

Assurément l'issue d'un tel contrôle de proportionnalité *stricto sensu* était relativement incertaine, en ce qu'elle faisait appel à des standards de valeurs sur le juste degré de commercialisation de l'information. En un sens, les juges européens s'immiscèrent plus avant dans des considérations d'opportunité et dévoilèrent pleinement la portée politique de leur jurisprudence. Pourtant, un tel contrôle peut sembler préférable à celui essentiellement technique effectué sur le fondement des tests d'adéquation et de nécessité tels qu'ils sont pratiqués à

(74) R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, préc., spéc. p. 401.
(75) CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, préc., spéc. pts 63 et 64.
(76) *Ibid.*, spéc. pt 65.
(77) *Ibid.*, spéc. pt 66.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'aune des libertés économiques de circulation. Il semblerait ainsi que le recours à l'article 16 puisse constituer un terrain favorable pour que les juges européens aillent au bout d'un arbitrage véritablement éthique, et non pas seulement techniques des conflits, contribuant à souligner la « politisation » de l'espace européen et les conflits de valeurs qui le traversent. Dans ce cas, c'est donc bien en faveur d'un contrôle *plus* politique encore, que la Cour de justice devrait s'orienter sur le fondement de la Charte.

On remarquera que ce contrôle plus poussé s'effectue à l'égard de choix législatifs européens, et non nationaux, comme l'illustre également le désormais célèbre arrêt *Digital Rights* (78). Il est donc erroné de prétendre que les juges européens seraient plus cléments à l'égards des choix politiques européens qu'ils ne le seraient à l'égard des choix politiques nationaux (79). Un tel contrôle entier est d'autant plus utile s'agissant des choix législatifs européens qu'il contribue à dévoiler les enjeux politiques souvent dissimulés dans des réglementations en apparence techniques, offrant au citoyen une lecture plus claire de l'importance du débat politique européen. Dans cette hypothèse où sont en jeu des choix politiques européens, le recours aux droits fondamentaux individuels, par définition subjectifs, pour en évaluer la validité dissimule en réalité un intérêt plus collectif de la société européenne dans son ensemble : le droit à l'information dans *Sky Österreich* ou le droit à la protection des données dans *Digital Rights* servent de paravent normatif à une prise en compte dans le raisonnement judiciaire d'un intérêt collectif plus global de la société européenne dans son ensemble qui sort renforcé au terme d'un examen poussé de proportionnalité mobilisant un jugement de valeur.

Il arrive néanmoins que la Cour de justice ne trouve pas les ressources nécessaires pour aller jusqu'au bout de son contrôle, alors même qu'un examen plus approfondi aurait permis de faire émerger un véritable modèle européen de société et de conscience collective européenne. Dans l'affaire *Achbita*, relative au port du voile dans le secteur professionnel privé, la question de la liberté d'entreprise et de l'article 16 de la Charte n'était pas expressément posée par la juridiction de renvoi qui présentait plutôt l'interdiction faite par un employeur à ses employés de porter un signe visible de conviction politique, philosophique ou religieuse sous l'angle d'une possible discrimination professionnelle,

(78) CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rigths*, aff. jtes 293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238.

(79) *Contra*, D. Grimm, « The Democratic Cost of Constitutionalisation : The European Case », préc., spéc. 467.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

potentiellement contraire au droit dérivé de l'Union (80). C'est une fois encore l'avocat général, en l'occurrence Mme Kokott qui, spontanément, transforma le litige en conflits de droits fondamentaux et rattacha la décision d'interdire ces signes à la marge d'appréciation de l'employeur « qui trouve son fondement ultime dans le droit fondamental qu'est la liberté d'entreprise » (81). La Cour lui emboîta le pas et mobilisa la liberté d'entreprise dès le premier stade du contrôle de la légitimité de l'objectif poursuivi par l'employeur qui tenait selon elle à « la volonté d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité » (82). Il s'agit d'un jugement de valeur fort qui assume de placer la liberté économique au même plan que la liberté religieuse, ce qui déjà structure le débat d'idées sur un plan politique. Mais contrairement à son avocat général, la Cour de justice ne franchit pas le cap du contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. Elle s'arrête au test de nécessité en renvoyant à la juridiction nationale le soin de décider de la question de savoir si aucun autre moyen que le licenciement n'était envisageable pour sauvegarder la politique de neutralité menée par l'entreprise (83).

Ce renoncement à mettre véritablement en balance sur un plan éthique la liberté religieuse d'une personne physique et la liberté d'entreprise d'une personne morale accrédite l'idée d'une forme de prévalence accordée à cette dernière qui, dans le raisonnement, paraît occuper une position de règle de principe, là où la liberté religieuse n'est conçue que comme une dérogation. Un contrôle de la proportionnalité *stricto sensu* aurait été d'autant plus nécessaire dans une telle hypothèse qu'une nette divergence de vue opposaient les avocats généraux Kokott et Sharpston au moment de définir un juste équilibre entre les différents intérêts en présence. Tandis notamment que la première considérait que l'atteinte à l'intérêt de l'employée pouvait être considérée comme « relative » (ou disons « modérée » pour reprendre la terminologie de R. Alexy) en ce

(80) CJUE, 14 mars 2017, *Achbita*, aff. C-157/15, EU:C:2017:203. Dans l'arrêt *Bougnaoui* du même jour (aff. C-188/15, EU:C:2017:204), qui portait sur une affaire proche, quoique différente, la Cour n'évoque pas l'article 16 dans son arrêt, contrairement à l'Avocat général Sharpston dans ses conclusions du 13 juillet 2016 (EU:C:2016:553) mais qui ne s'y attarde guère.

(81) Conclusions du 31 mai 2016 dans l'affaire *Achbita* (aff. C-157/15, EU:C:2016:382), spéc. pt 81.

(82) CJUE, 14 mars 2017, *Achbita*, préc., spéc. pts 37-38.

(83) *Ibid*., spéc. pt 43 : « il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eût été possible à G4S, face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement. Il incombe à la juridiction de renvoi, eu égard à tous les éléments du dossier, de tenir compte des intérêts en présence et de limiter les restrictions aux libertés en cause au strict nécessaire ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sens que l'interdiction ne concernait que certains signes religieux et n'empiétait pas sur la vie en dehors de la sphère professionnelle (84), la seconde envisageait au contraire l'atteinte comme « essentielle » (ou disons « sérieuse ») au regard de son identité personnelle et de sa dignité, si bien que « l'intérêt de l'entreprise à produire un profit maximal devrait alors, selon [elle], s'effacer devant le droit du travailleur à manifester ses convictions religieuses » (85). Là où les avocats généraux avaient été jusqu'à dévoiler leurs propres systèmes de hiérarchie de valeurs sur une question éminemment sensible, la Cour de justice se dérobe et laisse en définitive entendre que la liberté d'entreprise peut l'emporter sur la liberté religieuse si les circonstances factuelles font qu'aucun autre moyen que le licenciement de la salariée n'est envisageable.

Par ce renoncement, les juges à la Cour de justice n'apparaissent pas en position d'assumer pleinement l'équilibre de valeurs défendu implicitement dans la solution retenue. À l'évidence, quelle qu'ait été l'issue d'un contrôle approfondi, ou plus ouvertement « politique », la solution rendue aurait été discutée, mais probablement pas plus, et même peut-être moins, que celle incomplète qui a été livrée. Un tel renoncement peut s'expliquer par les tensions qui n'ont pas manqué de fragmenter la formation de jugement, et peut-être faudrait-il que les clivages politiques au sein même du débat juridictionnel soient rendus plus visibles.

Conclusion : Une jurisprudence insuffisamment politique ?

Aux premiers temps de la construction européenne présentée comme un projet d'unité fonctionnelle, respectueux des choix démocratiques nationaux, il était tentant de vouloir minimiser la dimension politique de la jurisprudence de la Cour de justice. Le moment serait-il venu de l'affirmer plus ouvertement ? Plutôt que d'effectuer un contrôle technique sur le fondement de dispositions destinées à unifier les espaces nationaux, il pourrait être préférable dorénavant de s'engager dans un contrôle plus approfondi des choix de société sur le fondement de dispositions pleinement constitutionnelles, telles qu'elles sont consacrées dans la Charte des droits fondamentaux qui offre désormais un support plus adapté que les traités fondateurs pour dégager des équilibres de valeurs à l'échelle européenne.

(84) Conclusions dans l'affaire *Achbita*, préc., spéc. pts 116 et s.
(85) Conclusions dans l'affaire *Bougnaoui*, préc., spéc. pt 133.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le pari d'un rôle plus ouvertement politique de la jurisprudence sur le fondement de la Charte est risqué. Il n'est pas à écarter qu'en s'engageant dans cette voie, la Cour de justice s'attire de nouvelles critiques. Il semble toutefois que la constitution d'un *ethos* européen soit à ce prix. Plus que jamais l'appel aux valeurs paraît indispensable pour animer le projet européen en l'absence de communauté politique capable de s'exprimer d'une seule voix. Ce qui justifie ultimement le pouvoir des juges et leur importance dans les démocraties modernes tient à leur contribution à l'amélioration de la délibération démocratique, dont la qualité est parfois insuffisante pour faire vivre les valeurs morales d'une société. Les juges ne s'accaparent pas le pouvoir politique, ils en structurent la discussion en bâtissant un cadre de principes au sein duquel elle est incitée à s'élever pleinement. Dans cette lecture, plus la société que le système institutionnel mis en place à la charge de réguler est faiblement organisée en espace public de délibération, plus il est justifié que le juge définisse le cadre des principes au sein duquel la discussion politique peut se déployer. En conséquence, dans le contexte européen marqué par une rétention du débat public au niveau national, le rôle de la jurisprudence est d'autant plus important pour polariser et structurer le débat politique autours des valeurs en partage, et non le trancher définitivement.

En établissant des équilibres complexes de valeurs à l'échelle européenne sur la base d'un texte pleinement constitutionnel, et surtout en les assumant ouvertement par un raisonnement complet et approfondi de nature éthique, la Cour de justice pourrait susciter chez le citoyen une prise de conscience plus aigüe du besoin de projeter ses revendications et aspirations politiques au niveau européen. Ainsi pourrait naître un véritable imaginaire collectif européen autour d'un débat d'idée transnational. Que la formation progressive d'un imaginaire collectif passe encore dans le contexte européen par le droit et ses juges continuera à l'évidence de susciter de nombreuses réticences. Mais le droit est-il plus artificiel que la contingence de l'histoire ou de la force pour former des ensembles politiques durables ? L'enjeu n'est pas de substituer le droit au politique mais, dans le contexte spécifique européen, d'engendrer du politique par le droit.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 6 - Le libéralisme politique de la Cour de justice – le cas de la liberté d'entreprise
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 7.

MARCHÉ INTÉRIEUR ET INTÉGRATION ÉCONOMIQUE

F.-V. Guiot

Maitre de conférence en droit public,
Université de Toulouse – Capitole

C. Mazille
Maître de conférences en droit public,
Université de Pau et des Pays de l'Adour

Soixante ans après le Traité de Rome, et vingt-cinq ans après l'annonciation de son achèvement (1), le marché intérieur serait « une évidence qui ne mobilise plus » (2). Sans jamais devoir être tout à fait achevé (3), il apparaît désormais suffisamment arrimé pour ne plus pouvoir être remis en cause – pas même par le Brexit, puisque l'Union européenne subordonne toute coopération économique future avec le Royaume-Uni à son acceptation des quatre libertés de circulation. Siège

(1) Le Livre Blanc sur le marché intérieur (14 juin 1985, COM(85)340) et l'Acte unique annonçaient en effet son la réalisation d'un « grand marché unique » pour le 31 décembre 1992.

(2) Selon les mots de Valérie Michel rapportés par L. Dubouis, « Vingt ans de marché intérieur : le marché intérieur entre réalité et utopie », in V. Michel (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le Marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 193.

(3) La litanie, sans fin, de la Commission en témoigne à suffisance : communication du 20 novembre 2007, *Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle*, COM(2007) 724 final ; Rapport de Mario Monti au Président de la Commission José Manuel Barosso, *Une nouvelle stratégie pour le marché unique – Au service de l'économie et de la société européennes* ; communication du 13 avril 2011, *L'Acte pour le marché unique I. Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance. « Ensemble pour une nouvelle croissance*, COM(2011) 206 final ; communication du 3 octobre 2012, *L'Acte pour le marché unique II – Ensemble pour une nouvelle croissance*, COM(2012) 573 final ; communication du 28 octobre 2015, *Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises*, COM(2015) 550 final. Sur l'impossibilité d'arriver à une unité absolue du marché intérieur, voir, P. Maddalon, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le Marché intérieur entre réalité et utopie*, *op. cit.*, pp. 83-94. Le « Scoreboard » établi par la Commission permet ainsi de visualiser les efforts encore attendus de la part des Etats dans les différents champs de la gouvernance du marché intérieur (http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_overview/index_en.htm). Voy. pour une analyse de la situation de chacune des libertés de circulation : M.-A. Barthe, *Economie de l'Union européenne*, Paris, Economica, 2017, 6e éd., pp. 107-127.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de la méthode fonctionnaliste (4), il a ainsi bénéficié de ses ressorts et de sa dynamique (5), mais il pâtit aussi de ces défauts et des critiques dont celle-ci fait désormais l'objet. En effet, si le marché intérieur ne mobilise plus, il est dans le même temps loin de laisser indifférent. Avatar d'une Europe technocratique, accusé d'excès de régulation comme de dérégulation (6), le marché et sa « dynamique matricielle » (7), image de cette Union qui s'est faite « sans les peuples », sont bien souvent voués aux gémonies.

Pourtant, il s'en faut de beaucoup pour que la dimension fonctionnaliste suffise à expliquer l'État d'avancement et les limites de l'intégration économique. Moteur d'une construction mécanique, le marché est aussi un objet politique. Il est le lieu de tous les rapports de force (8) : entre l'économie, c'est-à-dire l'intérêt marchand, et d'autres exigences d'intérêt général, comme les questions sociales ou environnementales (9) ; entre l'Union et le reste du monde, entre celle-ci et ses États membres, ainsi qu'entre les États membres eux-mêmes ; entre l'unité et la diversité, entre l'intérêt commun et l'intérêt particulier ou spécifique...

Témoignent encore de sa nature politique, ses origines conceptuelles dans une doctrine ordolibérale, dont Michel Foucault a parfaitement montré qu'elle était un mode de gouvernementalité avant d'être un projet économique (10). Le tournant du milieu des années 80 et la

(4) N. Moussis, « Théorie de l'intégration : les politiques communes comme fondement de l'intégration multinationale », *RMCUE*, 2001, n° 451, spéc. pp. 540-541.

(5) « Marché commun » et « unité du marché » ont ainsi pu être appréhendés comme faisant partie des « fondements de la Communauté » (S. Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, De Boeck Université, 2001, 3e éd., partie II, chap. 1er).

(6) A. Mattera, « La reconnaissance mutuelle : une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, une assise politique d'un modèle de société humaniste », *RDUE*, 2016, nos 3-4, p. 487 : « nombre d'hommes politiques [...] accusent l'Union européenne d'édifier une "super-État", une sorte d'"État-providence" centralisé, dont les actions viseraient à uniformiser, voie à homogénéiser, les identités, les traditions, les spécificités nationales, régionales ou locales ».

(7) L. Grard, « Nouvelles dimensions du droit matériel de l'Union européenne ou nouveau droit des politiques de l'Union européenne », *RAE*, 2016, n° 2, p. 241.

(8) Sera considéré comme « politique », ce qui induit un *rapport de force* ou se déduit de celui-ci (voy. pour une définition du politique comme une question de pouvoir : M. Duverger, *L'introduction à la politique*, Paris, Gallimard, 1964, p. 24).

(9) Les clauses horizontales des articles 9 et 11 TFUE, relatives respectivement au domaine social et à l'environnement, ont ainsi des implications explicitées s'agissant du marché intérieur dès l'article 3 § 2 TUE.

(10) Michel Foucault insiste en effet tout particulièrement dans son analyse sur le fait que l'ordolibéralisme, dans sa conception comme dans sa finalité, est d'abord un « art libéral de gouverner » (*Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, Seuil, 2004, Leçon du 7 février 1979, pp. 105 et s. ; voy. plus largement sur l'influence ordolibérale dans la construction européenne : C. Joerges, « La constitution économique européenne en processus

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

relance par l'Acte unique ont par la suite rappelé que le marché restait à l'évidence un sujet politique, même si l'objectif poursuivi a pu évoluer et perdre quelque peu sa dimension instrumentale (11). Dans le *Livre blanc sur le marché intérieur*, la Commission européenne soulignait ainsi que « l'intégration économique » ne peut se réaliser sans une « volonté politique », et que c'est cette dernière qui « doit précéder l'unité européenne » (12). L'actualité la plus récente atteste encore de la dimension politique d'un marché intérieur qui est au cœur de la définition du projet européen d'intégration, avec la question sensible du détachement des travailleurs et les efforts du Président de la République française pour arracher un consensus autour d'une réforme politiquement nécessaire.

Ce hiatus entre, d'une part, la dimension et le fonctionnement techniques du droit du marché intérieur victime d'une contestation de la technocratie, et, d'autre part, sa portée et son souffle politique, amène à s'interroger sur le rôle des différents acteurs dans cette construction européenne. Il amène à croire qu'à l'ombre du fonctionnalisme, les institutions auront en réalité joué un rôle essentiel dans l'engendrement de cet « espace d'ouverture ». La Cour de justice étant une institution de l'Union, comme le rappelle l'article 13 du Traité sur l'Union européenne, elle est donc susceptible d'avoir pris, aux côtés du « pouvoir politique, "constituant" et législateur » (13), un rôle actif. L'« idée peut sembler "paradoxale, voire hérétique" » (14). Pourtant sa réalité n'échappera à personne qui connaisse un tant soit peu l'historique de la construction d'un véritable « droit du marché intérieur » (15), dont les étapes fondamentales sont autant de solutions, de concepts, et de principes d'origine

et en procès », *RIDE*, 2006, n° 3, pp. 245-284). Par ailleurs, depuis 2008, la crise économique, d'une part, a montré le besoin de compléter les « mécanismes d'ouverture et de concurrence » destinés à assurer la prospérité économique « par des outils de pilotage de l'économie depuis les institutions européennes », et, d'autre part, a favorisé le mouvement de mise en cause des principes de la « Constitution économique de l'Union » (J.-B. Auby, P. Idoux, « Introduction générale », in J.-B. Auby et P. Idoux (dir.), *Le gouvernement économique européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. XIX et XXII). Deux processus qui, sans aucun doute, relèvent eux aussi du champ politique.

(11) Sur la politique économique à l'origine de la relance de la construction du marché et la volonté de pousser les entreprises européennes à se restructurer, voy. M.-A. Barthe, *op. cit.*, p. 91.

(12) Livre Blanc préc., p. 54, pt 219.

(13) L. Dubouis, *op. cit.*, p. 192.

(14) P. Weil, « Préface », in D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972, rééd. 2015, p. VII.

(15) M. Fallon, « 1992-2012 : Etat des lieux et enjeux du droit du marché intérieur », in 1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le Marché intérieur entre réalité et utopie, *op. cit.*, p. 18 : c'est ainsi « au gré d'un processus jurisprudentiel continu » que le marché intérieur évolue de 1972 à 2012.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

jurisprudentielle (16). Marc Fallon voit ainsi, dans l'application en 1974 de la doctrine de l'effet direct aux dispositions du traité relatives à la libre circulation des facteurs de productions, l'acte de naissance d'un « ensemble cohérent de normes applicables à toute situation entrant dans le domaine du droit du marché intérieur, identifiable comme une discipline à part entière » (17).

Le caractère jurisprudentiel du droit du marché intérieur autorise à faire un parallèle avec la relation existante entre le Conseil d'État et le droit administratif français (18), à l'égard de laquelle la doctrine a déjà mis en lumière la nature politique du pouvoir normatif exercé par le juge. Ainsi, pour Prosper Weil, puisqu'il est « juge des rapports entre le pouvoir et les citoyens, entre les gouvernants et les gouvernés, il est amené par la force des choses à prendre des sentences dont la répercussion se fera sentir sur le plan politique » (19). De même, Danièle Lochack souligne que les décisions du juge administratif sont *a minima* susceptibles de revêtir une portée politique par un effet de contagion : « s'il se voit reconnaître le droit de censurer certaines décisions dont la portée politique ne fait pas de doute, ses jugements risquent d'être plus que la manifestation d'un pouvoir de neutralisation et de vérification, pour prendre eux-mêmes le caractère et la portée d'actes politiques positifs » (20). C'est plus largement la place laissée à l'opportunité qui serait le marqueur de la dimension politique, dans la mesure où l'appréciation à l'origine du jugement dépasse le champ usuel de la légalité (21). Mais c'est aussi dans la dimension créatrice de la

(16) La Cour de justice paraît s'inscrire ainsi dans un « modèle » partagé par les Etats européens, dans lesquels le pouvoir juridictionnel a historiquement joué un « rôle fondamental » (G. della Cananea, « La liberté de concurrence dans l'Union européenne : Une tradition constitutionnelle commune ? », in J.-B. Auby et P. Idoux, *op. cit.*, p. 144).

(17) M. Fallon, *op. cit.*, p. 19.

(18) Pour une analyse dans le champ constitutionnel de la notion de « gouvernement des juges », voy. M. Troper, « Existe-t-il un gouvernement des juges ? », in S. Brondel, N. Foulquier, et L. Heuschling, *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 21-37.

(19) P. Weil, « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1959, p. 281. Par contraste, si Michel Troper identifie dans un sens large le gouvernement des juges à l'hypothèse où ses décisions « sont susceptibles d'avoir des conséquences pour l'organisation et le fonctionnement de la société », il précise que cette constatation n'implique pas « une prise de position sur le caractère politique ou apolitique des juridictions » (*op. cit.*, p. 33).

(20) D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 11.

(21) Dans le même sens, on se référera aux travaux de Léo Goldenberg, *Le Conseil d'État juge du fait : étude sur l'administration des juges*, Paris, Dalloz, 1932, 423 p. ; et de Michel Dubisson, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du* Recours *pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1958, 281 p. Malgré la distinction parfois délicate entre légalité et opportunité, V. Introduction dans cet ouvrage.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

jurisprudence administrative, et en particulier dans les principes dont elle est à l'origine (22), que l'on trouve selon la doctrine administrative les preuves d'une « jurisprudence politique ».

Comment ne pas voir dans le marché intérieur un écho de ces observations, alors qu'il est, d'une part, l'un des domaines d'élection du principe de proportionnalité (dont on sait bien qu'il amène le juge à pousser très loin son examen), et alors, d'autre part, que les décisions de la Cour de justice sont pour l'essentiel fondées sur des notions floues (23), issues d'un traité-cadre laissant au juge une liberté d'interprétation significative (liberté textuelle qu'il n'a d'ailleurs pas hésité à dépasser en consacrant les exigences impératives d'intérêt général) ?

Une fois acté le principe que le juge communautaire peut, lui aussi, exercer dans le champ du marché intérieur un rôle politique, il reste à déterminer de quelle manière identifier ses manifestations les plus significatives. Quels sont les actes de *juris dictio* dans lesquels la part du politique est la plus visible et la plus décisive ? Cette interrogation paraît d'autant plus difficile à résoudre que la masse des arrêts relatifs au marché intérieur est colossale (24)… et que les solutions jurisprudentielles sont bien souvent présentées comme le fruit d'une démarche empirique – voire erratique et parsemée de décisions dissonantes (25).

Il semble toutefois possible d'emprunter trois voies distinctes, et complémentaires, afin d'identifier les manifestations du rôle politique du juge.

Pour reprendre les termes de Jean Rivero, la première consisterait à chercher la présence de ce pouvoir politique dans la définition par le juge d'une « éthique », qu'il imposerait à travers l'interprétation et l'application concrète des règles juridiques dont il a la charge. Il s'agira

(22) Pour une analyse de l'importance des principes dans la création d'une « éthique » à laquelle le juge peut soumettre les normes écrites, voy. J. Rivero, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », Paris, Dalloz, 1951, Chr. VI, p. 21.

(23) Danièle Lochak souligne à ce propos que la nature politique du pouvoir normatif du juge s'exprime « d'autant plus aisément que le caractère particulièrement souple des normes […] lui permet de tenir compte, dans l'application de la règle de droit, non seulement de considérations juridiques, mais également de considérations politiques » (*op. cit.*, p. 15 ; voy. p. 125 et p. 138 pour de plus amples développements sur les règles et catégories juridiques).

(24) On décompte sur curia.eu plus de 3 000 arrêts de la Cour de justice, ainsi qu'une centaine du Tribunal de l'Union européenne, dans le champ du marché intérieur *stricto sensu*. Si les deux tiers sont postérieurs au 1er janvier 1993, encore la moitié d'entre eux sont intervenus depuis l'entrée en vigueur du traité de Nice et les élargissements qui ont suivi. En 2016, il s'agissait encore du domaine qui mobilise le plus le juge européen derrière celui de la propriété intellectuelle.

(25) A. Rigaux, « Symphonie déconcertante ou Keckophonie à propos des dissonances de l'arrêt *Morellato* (CJCE, 18 septembre 2003, *Tommaso Morellato c/ Comune di Padova*, aff. C-416/00, *Rec*. p. I-9343) », *Europe*, 2003, n° 11, Chr. 13, pp. 7-11.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

alors de chercher à vérifier, par exemple, si la production jurisprudentielle confirme la nature libérale que l'on attribue souvent à l'action de la Cour de justice – de chercher donc s'il est possible de démontrer l'existence d'un attachement du juge de l'Union à un corps de principes traduisant une doctrine physiocratique (26).

Le caractère, ou du moins la portée, politique d'un arrêt est ainsi souvent dénoncé, lorsque la juridiction tranche en faveur de la libéralisation de la circulation, et plus largement, d'un règlement communautaire de la situation juridique à l'origine du litige remettant en cause des mesures de protections nationales. Dans de telles hypothèses, on fera le reproche à la Cour d'avoir appliqué de manière dogmatique ses méthodes générales d'interprétation (27), promouvant ainsi « l'éclosion d'une conscience collective européenne » (28) sans égard toutefois à l'esprit qui, en droit interne, pouvait guider les pratiques juridiques (29).

En ce sens, il a été observé que « la Cour de justice a parfois rendu, et continue de rendre, des décisions qui peuvent être considérées comme des arbitrages politiques remettant en cause "l'ensemble des équilibres du droit national" quand elle élargit le champ d'application des libertés fondamentales de circulation », ou lorsqu'elle adopte une solution qui « ne répond pas à nos traditions juridiques nationales » (30).

Cependant une telle approche a le défaut d'être non-discriminante : tout raisonnement juridictionnel qui touche à l'étendue et à l'intensité des principes de libre circulation sera, en raison des liens entre le marché intérieur et l'intégration européenne, susceptible

(26) Voy. en ce sens, P. Maddalon, « Les implicites moraux en droit de la concurrence et des libertés de circulation », in S. Barbou des Places, R. Hernu, P. Maddalon (dir.), *Morale(s) et droits européens*, Cahiers européens n° 8, Paris, Pédone, 2015, pp. 125-136, spéc. p. 134 : l'auteur constatant que « [l]es politiques relatives à la concurrence et aux libertés de circulation amènent à conclure que l'Union européenne véhicule une morale plus économique que politique ».

(27) A. Supiot, « Le sommeil dogmatique européen », *RFAS*, 2012, n° 1, spéc. p. 190 : l'auteur dénonce, au regard de la jurisprudence des années 2007-2008, « la conversion de la Cour de justice européenne à cette doctrine de déconstruction des droits sociaux », qui s'exprime à travers une politique « de "libération des forces du marché" ».

(28) R. Mehdi, « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », in M. Fatin-Rouge, L. Gay et A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 298.

(29) Voy. en ce sens, s'agissant du droit des transport, L. Grard, *op. cit.*, pp. 243 et s. : l'auteur identifie ainsi un « point de fixation » chaque fois qu'il faut « admettre que dans la frontière entre la vision sectorielle (voire nationale…) et la vision européenne d'une règle, c'est au juge européen d'en décider » (*ibid.*, p. 246).

(30) M. Combet, « La libre prestation des services dans le domaine maritime : quand l'unité de l'ordre juridique de l'Union bouleverse les droits sociaux nationaux », *RDLA*, 2014, n° 98.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'être considéré comme de nature politique – par son objet ou par ses effets (31). Une telle approche a encore l'inconvénient d'être en pratique trop unilatérale : elle est généralement invoquée uniquement contre la « communautarisation » des questions juridiques. Ce faisant ceux qui s'attachent à identifier l'« éthique du juge » négligent trop souvent le fait qu'une décision autorisant un État membre à poursuivre d'autres préoccupations que l'intérêt marchand peut aussi traduire un mouvement politique (32).

Selon une deuxième approche, il faudrait s'attacher à l'intensité du contrôle juridictionnel. L'évolution de cette dernière pourrait ainsi traduire l'accaparement d'une responsabilité originellement étrangère à l'office du juge. Cependant, là encore, l'analyse risque d'être soit partielle, soit trop inclusive. En effet, tout comme le renforcement des exigences imposées au titre de la légalité, le refus du juge d'opérer un « contrôle normal » face à une appréciation politique effectuée par le législateur (dans le cadre de l'harmonisation des dispositions nationales par exemple) est le fruit d'une norme jurisprudentielle positive (33). Si l'adoption d'un contrôle restreint à l'erreur manifeste paraît moins audacieuse, elle n'en reste pas moins le résultat d'une décision.

Justifier, au contraire, le retrait du juge par l'impossibilité pour lui d'exercer un pouvoir non juridiquement déterminé, c'est-à-dire un pouvoir s'exerçant en opportunité, ne paraît pas convaincant. L'argument se veut fondé sur une *nécessaire* distinction des opérations d'interprétation et de création du droit. C'est en ce sens que les contempteurs du « gouvernement des juges » dénoncent tout « glissement de l'interprète au créateur et du créateur au gouvernant » (34). Cependant une telle distinction n'est en réalité ni identifiable *a priori*, ni même vérifiable *a posteriori*. En bref, si d'un point de vue institutionnel il est possible d'affirmer que « combler un vide juridique, interpréter

(31) Le principe de reconnaissance mutuelle, de par sa logique comme de par les liens ténus qu'il entretient avec le respect de valeurs communes et avec l'harmonisation des standards nationaux, semble ainsi toujours recéler une dimension politique au moins implicite.

(32) La reconnaissance des exigences impératives d'intérêt général peut ainsi être vue comme une attention portée aux considérations politiques nationales, mais peut tout aussi bien être comprise, du point de vue européen, comme la recherche d'un équilibre nécessaire à la poursuite de l'intégration.

(33) Ainsi Prosper Weil écrivait : « ce n'est pas le pouvoir discrétionnaire qui conditionne le pouvoir du juge, mais la politique suivie par celui-ci qui dessine les contours du pouvoir discrétionnaire » (*Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, p. 45).

(34) A. Bouveresse, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 387.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

une notion juridique n'est pas l'équivalent d'une option politique » (35), notamment en raison des exigences attachées au principe de l'équilibre institutionnel, il semble pourtant que dans l'activité normative du juge interpréter ou combler un vide juridique puisse impliquer une option politique (36). En ce sens, la séparation des fonctions juridictionnelles et politiques n'est déjà que le fruit d'une conception subjective – bien que majoritairement partagée par les acteurs et les observateurs du système juridique – de ce que « doit-être » cette distinction (37). Elle est le fruit d'une évaluation, par nature politique, du rapport de force institutionnalisé à un moment donné, dans un système particulier (38).

La troisième approche envisageable entend englober les deux premières manifestations de la part active du juge dans son office, pour y ajouter un critère supplémentaire. Afin de discriminer les arrêts témoignant du « rôle politique » de la Cour de justice, il semble possible de chercher à identifier des espaces de discussion, et donc l'existence de choix, comme l'y invite cet ouvrage. La discussion qu'elle est susceptible d'engager (avec elle-même, entre elle et son avocat général, entre elle et les autres acteurs juridiques et notamment les juridictions nationales), au sujet de la solution à adopter dans un cas nouveau comme de la nécessité d'une évolution jurisprudentielle, apparaît en effet comme la manifestation d'un rapport de force en construction ou en reconstruction.

On trouvera confirmation de ce que l'existence d'une « discussion », même virtuelle et indirecte, constitue un critère pertinent dans

(35) Affirmation explicitement fondée sur la distinction « entre l'interprétation, acte cognitif et le choix politique, acte volitif » (*id.*).

(36) Et il n'en va pas autrement lorsque la décision prise consiste à refuser de combler un vide juridique. Ainsi, lorsque Juliane Kokott rejette la possibilité d'invoquer un principe général du droit pour compenser la transposition incorrecte d'une directive non directement applicable dans un litige entre particulier, elle le justifie en affirmant que si l'« on se reportait à un principe général du droit, dont le contenu est beaucoup moins clair et déterminé, on irait à l'encontre de l'objectif d'harmonisation de la directive, on mettrait en péril la sécurité juridique recherchée et on viderait de son sens l'interdiction de ne pas appliquer directement, au détriment du particulier, des dispositions d'une directive qui n'auraient pas été transposées », au risque sinon « de saper l'effet de ces dernières et d'affecter de ce fait la séparation des pouvoirs, ainsi que de créer une insécurité juridique » (Conclusions sur CJCE, 16 décembre 2008, *Tietosuojavaltuutettu c/ Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy,* aff. C-73/07, *Rec.* p. I-9831, pt 103).

(37) Le juge est en effet un « juge situé [qui] subit l'influence des passions de l'époque » (Ch. Debbasch, « Déclin du contentieux administratif », Paris, Dalloz, 1967, Chr., p. 96).

(38) « L'influence politique que le juge tire de sa fonction de contrôle est donc en définitive à la mesure du rapport de force qui s'instaure à un moment donné entre l'exécutif et lui-même » (*id.*). Dans le même sens, L. Goldenberg, *op. cit.*, p. 57 : « c'est parce qu'il existe un déterminisme politique profond des solutions adoptées, qu'il importe de ne pas lui substituer un déterminisme juridique fictif ». Voy. également, S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, p. 239.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'attention que la doctrine porte aux conclusions des avocats généraux : « Les livraisons successives des conclusions […] permettent souvent, même au prix d'une lecture rapide, d'établir, bien avant que soit rendu l'arrêt, une hiérarchie provisoire entre les décisions de la Cour dont l'observateur attend le prononcé avec une certaine impatience et celles dont l'intérêt sera vraisemblablement marginal » (39). D'ailleurs cet espace de discussion, que l'on croit pouvoir identifier comme le marqueur du rôle politique, s'étend également parfois aux méta-acteurs du droit, et en particulier à ceux qui font la doctrine. Denys Simon et Anne Rigaux, à propos de l'importance historique de la Jurisprudence *Keck et Mithouard*, n'ont pas manqué de souligner que la base de données de la Cour de justice recense plus d'une centaine de commentaires parus dans les revues spécialisées (40).

Avant d'en détailler les occurrences sur des points précis du droit du marché intérieur, il faut essayer d'organiser la perception d'ensemble qui s'offre à l'observateur. Une constatation s'impose : alors que la Cour de justice des Communautés européennes fut à l'origine des avancées fondamentales du droit du marché intérieur, sa jurisprudence paraît désormais – au moins sur certaines questions – davantage en retrait (41) et moins audacieuse (42). À l'harmonisation négative et à la « nouvelle méthode » des années 90, engendrées par les arrêts de principe de la juridiction communautaire, à l'« Europe qui libère », se superpose une « Europe qui protège » (43). Avant même qu'elle ne devienne un thème du discours politique, avant qu'elle ne trouve une possible manifestation dans le texte constitutionnel (44), cette nouvelle dimension s'est

(39) A. Rigaux, « Symphonie déconcertante ou Keckophonie », *op. cit.*, p. 7.

(40) D. Simon et A. Rigaux, « Visite guidée au pays de *Keck et Mithouard* dans les pas des avocats généraux : une doctrine, des doctrines, pas de doctrine ? », in *La Constitution, l'Europe et le droit : mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 942. Sur les échanges entre les avocats généraux et les juges de la Cour avant, pendant et après l'arrêt *Keck et Mithouard*, Voy. L. Clément-Wilz, *La fonction de l'avocat général*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 321-347 et pp. 361-366.

(41) Au point que les différentes communications de la Commission citées précédemment ne font pas même mention de la Cour de justice de l'Union européenne.

(42) Voy. toutefois, pour une lecture moins centrée sur l'analyse normative, S. Saurugger et F. Terpan, « La Cour de justice au coeur de la gouvernance européenne », Pouvoirs, 2014/2, n° 2, pp. 59-75, spé. pp. 69 et s.

(43) La première n'a pas vocation à disparaître (voy. sur l'action juridictionnelle en faveur de l'ouverture de nouveaux marchés : P. Maddalon, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, pp. 89-94), mais elle n'est plus la seule dynamique qui anime les décisions de la Cour de justice.

(44) La liberté de concurrence, qui sous-tend la logique du marché intérieur et qui reste mentionnée dans une quarantaine d'articles dans les traités, a ainsi disparu du préambule du Traité sur l'Union européenne ; tandis que l'économie de marché n'apparaît pas au titre des

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

exprimée, notamment (45), en filigrane dans la jurisprudence de la Cour sur le principe de reconnaissance mutuelle (46).

Ce penchant nouveau – qui n'interdit pas dans certains domaines sensibles de dénoncer l'effet concret du marché, tel qu'il est assuré ou « implémenté » par la jurisprudence – se traduit par la promotion de l'idée d'équilibre dans les arrêts de la Cour : ainsi le juge s'assure-t-il, au moins formellement, qu'un « juste équilibre a été observé dans la prise en considération des intérêts respectifs en présence », c'est-à-dire des intérêts particuliers comme des intérêts communs (47). Le discours déployé dans cette phase de perfectionnement apparaît sans rapport avec celui de la période de construction du marché, où la jurisprudence entendait, au nom de la libération de l'économie, remettre en cause « les habitudes de consommation » susceptibles de « stabiliser un avantage acquis par les industries nationales qui s'attachent à les satisfaire » (48). La discussion s'installant au sein de la *juris dictio*, est-ce surprenant que cette forme particulière de délibération conduise *in fine* à favoriser la construction d'un équilibre ?

Toutefois, parce qu'il se dessine dans le temps et qu'il résulte de l'expression de divergences, l'équilibre ainsi tracé par la Cour ne se présente pas de manière évidente. Il n'est par ailleurs pas neutre, mais finalisé. La jurisprudence écrit en effet une sorte de mélopée (49), dont les méandres rendent l'ensemble difficile à appréhender. Si le mouvement est contrapuntique, pour reprendre l'image employée par l'avocat général Poires Maduro, l'équilibre atteint est de nature à nourrir le projet intégratif.

La partition de la juridiction européenne connaît des points d'orgue, espaces de discussion qui émergent de la masse des arrêts, et

---

valeurs de l'Union (article 2 TUE), mais seulement comme un de ses buts et sous la forme d'une « économie sociale de marché » (voy. en ce sens G. DELLA CANANEA, *op. cit.*, p. 152).

(45) Ainsi pour Alfonso Mattera, « depuis 1980, la Commission et les autres Institutions européennes ont lancé une nouvelle approche politico-législative fondée sur le respect des diversités, des traditions et des spécificités nationales, régionales et locales » (*op. cit.*, p. 489).

(46) Principe dont Alfonso Mattera juge qu'il « traduit en termes concrets et opérationnels les valeurs de la subsidiarité et préserve les identités et les traditions nationales, régionales et locales, patrimoine inestimable de la Communauté » et favorise *in fine* la préservation de ces dernières face à la mondialisation (*ibid.*, p. 490).

(47) CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271/08, pt 52 : à savoir en l'espèce « l'amélioration du niveau des pensions de retraite des travailleurs concernés, d'une part, et la réalisation des libertés d'établissement et de prestation des services ainsi que l'ouverture à la concurrence au niveau de l'Union, d'autre part ».

(48) CJCE, 12 juillet 1983, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 170/78, *Rec.* p. 2265, pt 8.

(49) A. RIGAUX, « Symphonie déconcertante ou Keckophonie à propos des dissonances de l'arrêt *Morellato* (CJCE, 18 septembre 2003, *Tommaso Morellato c/ Comune di Padova*, aff. C-416/00, *Rec.* p. I-9343) », *Europe*, 2003, Étude 13.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sur lesquels il est possible de s'arrêter afin d'identifier cette dynamique mesurée. Il nous semble qu'en réalité, derrière cette tension qui semble exister au cœur des décisions de justice relatives au marché intérieur, il est possible de découvrir, aussi bien sur le terrain de l'applicabilité du droit du marché intérieur (I) que sur celui du régime de la libre circulation (50) (II), une architecture : fait de mille et une variations, ce motif complexe dessine cependant un « équilibre centripète ».

I. – La recherche d'une intégration équilibrée dans la définition du champ d'application du droit du marché intérieur

Contrairement au droit de la concurrence, dans lequel le marché est entendu comme un domaine matériel d'activité économique circonscrit en fonction d'éléments subjectifs, en matière de libre circulation, le marché est compris comme un espace (51) « auquel l'accès doit être facilité ». Il s'agit plus précisément d'« un marché Étatique, celui qui fait l'objet de la règlementation litigieuse » (52). L'application du droit du marché intérieur paraît donc dépendre de la satisfaction d'un critère simple, de l'identification d'un « territoire politique » relevant de la juridiction d'un des États membres et dont l'accès est empêché ou gêné (53). Cependant, deux caractéristiques du marché intérieur façonné par la jurisprudence contredisent cette apparente évidence. Premièrement, l'idée selon laquelle il y aurait une identité entre le périmètre du marché européen et celui des territoires politiques nationaux ne se vérifie pas. Deuxièmement, la seule présence d'un lien de rattachement avec l'un des territoires nationaux ne suffit pas à justifier l'appli-

(50) Cette opposition, entre l'identification d'une entrave et la question de son éventuelle justification, est tout à fait classique en droit du marché intérieur (ainsi qu'en droit de la concurrence, domaine dans lequel « [s]'interroger sur les limites du champ d'application du droit de l'Union […] revient à se questionner simultanément sur les marges de manœuvre dont dispose les États pour s'affranchir de ces règles » (P.-Y. Monjal, « Ne pas appliquer le droit européen de la concurrence c'est encore appliquer le droit de … l'Union », in *La Constitution, l'Europe et le droit : mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, *op. cit.*, p. 743). C'est à travers ces deux étapes qu'il faudra chercher l'équilibre en construction.

(51) Faut-il y voir une conséquence de ce que le marché intérieur lui-même se définit comme « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités » (article 26, § 2, TFUE) ?

(52) P. Maddalon, *op. cit.*, p. 85.

(53) *Ibid.* L'auteur souligne cependant que la question du domaine de l'activité en cause resurgit en réalité au moment d'apprécier l'existence d'une entrave, car il faut vérifier son caractère marchand, et que les flottements de la Cour sur ce point « affecte[nt] la force de la démonstration » mise en œuvre dans ses décisions fondées sur le critère de l'accès – lesquelles ont en conséquence pour effet d'« organiser une activité non identifiée » (pp. 85-88).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

cation du droit à la libre circulation. Dès lors que le marché intérieur n'est pas et ne peut pas parvenir à une homogénéité totale, c'est-à-dire satisfaire pleinement à la « loi du prix unique », des disparités perdurent nécessairement entre les différentes législations nationales, sans que cette différence en soi suffise à provoquer l'application des règles européennes. En conséquence, il faut se demander d'une part si le territoire du marché intérieur est lui-aussi de nature politique, et d'autre part, en cas de réponse positive, dans quelle mesure il transcende les espaces politiques nationaux.

La construction d'un marché intérieur à partir du territoire politique Étatique n'est donc pas suffisante pour déterminer l'emprise des principes libéraux. C'est en réalité à travers les arrêts de la Cour de justice, qui ont défini le champ d'application territoriale et le champ d'application matériel, que se dessine ainsi le périmètre du droit du marché intérieur. Or, dans cette double opération, la juridiction s'attache à respecter à la fois la nature et la méthode du projet politique d'intégration, inscrivant ainsi sa jurisprudence dans une perspective équilibrée mais respectueuse de la logique d'intégration.

A. – Le champ d'application *ratione loci* et la nature du projet politique d'intégration

Lorsque la Cour définit le champ d'application des libertés de circulation, elle ne définit pas seulement le marché. Sa jurisprudence relative au positionnement du marché intérieur par rapport aux États tiers et par rapport aux États membres lui donne en effet l'occasion de définir, davantage que les contours du marché, la nature du projet d'intégration dont le marché est porteur.

1° – *Le contrôle de l'ouverture du marché intérieur aux États tiers*

Le traitement que la Cour de justice réserve aux accords internationaux conclus entre l'Union européenne et certains États tiers « dans le cadre » du marché intérieur témoigne du rôle politique que la Cour peut assumer dans le cadre de son office. Il en va tout particulièrement ainsi lorsque les accords créent des liens privilégiés entre l'Union et un ou plusieurs États tiers, comme c'est le cas de l'accord de Porto de 1992 créant un Espace économique européen (EEE), ou encore des deux paquets d'accords de 1999 et 2004 conclus entre la Suisse et l'Union européenne qui, à travers une approche sectorielle, couvrent de vastes pans du marché intérieur. Le rôle politique de la Cour apparaît avec

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

une acuité d'autant plus grande dans ces hypothèses dans lesquelles les accords créent, entre l'Union et l'État tiers, des liens étroits qui « mettent en cause » le marché intérieur. Que l'on considère que ces accords s'inspirent des règles établies au sein de l'Union européenne pour réaliser un nouvel espace de circulation, ou davantage encore qu'ils étendent le marché intérieur en intégrant partiellement des États tiers au sein de cet espace (54), ces accords ont conduit la Cour à jouer un rôle politique au sein de divers espaces de discussions.

C'est d'abord la procédure d'avis consultatif qui, bien qu'elle porte sur la compatibilité du projet d'accord avec l'ordre juridique de l'Union, contribue à placer la Cour dans le jeu des négociations qui conduisent à l'adoption de l'accord. La portée politique de sa réponse apparaît avec une acuité particulière lorsqu'elle précise les conditions dans lesquelles l'accord serait conforme au droit de l'Union européenne et lorsqu'elle conclut à une incompatibilité du projet d'accord (55). La négociation de l'EEE, qui était l'une des plus difficiles jusqu'alors menée par les négociateurs de la CEE (56), a notamment dû affronter l'effet retentissant de l'avis 1/91 négatif sur la première version de l'accord. La négociation d'un accord est ainsi susceptible d'être considérablement influencée par la Cour de justice (57), la portée de ses avis ne se limitant par ailleurs pas nécessairement à l'accord ayant justifié sa saisine (58).

(54) Ainsi Denys Simon évoque ces conventions qui « étendent aux relations avec des États tiers l'application substantielle des règles relatives au marché intérieur ». Tel est le cas du traité de Porto du 2 mai 1992 « qui avait pour ambition d'intégrer au marché intérieur l'Autriche, la Finlande, l'Islande, la Norvège, la Suède et la Suisse » : D. Simon, « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Rép. de droit eur.*, octobre 2015, pt. 21. Pour une réflexion sur la nature de l'EEE qui intègre également la jurisprudence de la Cour AELE, on se reportera notamment à l'article d'Eleftheria Neframi, « L'accord sur l'Espace économique européen, porteur d'un statut propre d'Etat tiers », in I. Bosse-Platière et C. Rapoport (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, actes du colloque de Rennes les 21 et 22 juin 2012, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 299-322.

(55) Pour Marie-Clotilde Runavot : « l'avis 1/78 était certainement de nature à orienter les négociations en cours » ; de même, l'avis 1/91 comporte « un guide de conduite des négociations à destination des institutions communautaires et des États membres » (« La construction européenne à travers le prisme des avis de la Cour de justice », *RUE*, 2013, n° 567, pp. 231-238, spéc. p. 236).

(56) H. Wallace, « Vers un espace économique européen », *RMCUE*, 1991, n° 351, pp. 694-703, spéc. p. 700.

(57) L'avis 1/91 a conduit les négociateurs à abandonner complétement le mécanisme juridictionnel envisagé d'une Cour EEE, à repenser le système autour de deux pôles juridictionnels et à imaginer des nouveaux instruments permettant d'assurer la cohérence entre ces deux pôles.

(58) Est à cet égard particulièrement frappante, la place que conserve l'avis 1/91 dans le cadre des procédures d'avis examinant la compatibilité des projets d'accord avec les dispositions fondamentales du droit de l'Union, et parfois dans le cadre de procédures contentieuses.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

En effet, sur le fond, la jurisprudence de la Cour rendue dans les cadres consultatifs contentieux a été marquée par sa volonté de s'assurer que ces accords ne conduiraient pas à une remise en cause des principes et de l'équilibre institutionnel structurant le marché intérieur (59). Cette position institutionnelle de gardien des principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union apparaît avec force dans l'avis 1/91 alors même – ou peut-être d'autant plus clairement – que certains éléments de son raisonnement pouvaient paraître discutables. Ainsi, pour Jacqueline Dutheil de la Rochère, « au-delà de la relative complexité technique de cet avis, et du caractère discutable de certaines analyses », cet avis apparaît comme un positionnement de la Cour qui « s'élève contre toute menace de dilution de l'ordre communautaire dans un ordre de nature différente » (60). Et c'est en particulier le marché intérieur que la Cour cherchait ainsi à protéger du risque de dénaturation que représentait selon elle l'EEE, alors considéré comme un « simple » cadre international par opposition au cadre spécifique et constitutionnel communautaire (61).

Le rôle politique de la Cour apparaît également dans l'attachement qu'elle a pu montrer, dans le cadre préjudiciel, à faire respecter les limites d'intégration au marché intérieur définies par les négociateurs

(59) S'agissant de la procédure d'avis, Marie-Clotilde Runavot note que « la compétence consultative confronte la CJUE à un exercice d'équilibriste. Elle s'y est livrée en tant que juge de l'intégration au même titre que dans ses compétences contentieuses et préjudicielles. […] Telle que façonnée par la Cour, la compétence désormais consacrée à l'article 218 § 11 TFUE s'affirme, parmi et avec les autres voies de droit communautaires, comme un outil servant à la fois l'affirmation internationale de l'Union et la protection des fondements existentiels de celle-ci. La jurisprudence consultative oscille ainsi entre promotion externe du droit communautaire et cristallisation de l'acquis constitutionnel et institutionnel de l'Union » (*op. cit.*, p. 232).

(60) J. Dutheil de la Rochère, « L'Espace Economique Européen sous le regard des juges de la Cour de justice des Communautés européennes », *RMCUE*, 1992, n° 360, pp. 603-612, spéc. p. 605. En ce sens, Jean Boulouis expliquait que : « Si la force attractive, que la Communauté doit à sa réussite, explique que les Etats encore membres de l'AELE aient désormais souhaité y être associés […] cela ne pouvait se traduire par une revanche du libre-échange, ruinant plus ou moins insidieusement, par le truchement d'un accord d'association, ce qui fait la spécificité de la construction communautaire. La prise de position de la Cour ne se limite donc pas à ce constat d'incompatibilité fondamentale. Elle constitue une sorte d'avertissement à tous ceux qui la méconnaîtraient […] » (« Les avis de la Cour de justice des Communautés européennes sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace économique européen », *RTD Eur.*, 1992, n° 3, pp. 457-463, spéc. p. 460).

(61) C'est dans cette logique que l'on peut comprendre le raisonnement de la Cour de justice mettant en cause le projet de création d'une Cour EEE (CJCE, 14 décembre 1991, *Projet d'accord portant sur la création de l'Espace économique européen*, avis 1/91, *Rec.* p. I-06079). En raison de l'objectif d'application uniforme de l'accord qui reprenait « une partie essentielle » du droit du marché intérieur (pt 41), à donner une interprétation « tant des dispositions de cet accord que de celles correspondantes de l'ordre juridique communautaire » (pt 43). De même, les liens organiques envisagés avec la Cour de justice étaient considérés pour cette dernière, moins comme une garantie pour l'homogénéité d'application de l'accord EEE avec le droit du marché intérieur qu'un risque d'atteinte à l'autonomie du cadre établi par les traité (pt 47).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

politiques. La Cour a notamment eu tendance, dans les premières questions préjudicielles sur les accords Suisse-UE de 1999, à les interpréter à la lumière du contexte ayant conduit à leur adoption. Cette méthode classique d'interprétation des traités internationaux conduisait en pratique à mettre en évidence le refus – politique – de la Suisse de ratifier l'accord EEE en 1992 et, bien souvent, à justifier une interprétation restrictive de l'accord dont elle était saisie (62). Ce faisant, la Cour recourait à une méthode d'interprétation des traités qui lui permettait, en cherchant à respecter « l'esprit des accords », de faire écho à la position des négociateurs européens, qui refusaient que la Suisse n'obtienne par la voie bilatérale tous les avantages qu'elle aurait tirés de son intégration dans le marché intérieur par le biais de l'EEE.

Cependant, la Cour de justice semble avoir infléchi certains principes ou barrières qu'elle avait élevées entre les État tiers et le marché intérieur. Cette évolution est très nette à l'égard des États de l'AELE membres de l'EEE. En effet, dans l'avis 1/91, la Cour s'était attachée aux différences entre le traité CEE, « charte constitutionnelle d'une communauté de droit » (63), et l'accord de Porto qui, pour l'essentiel, ne met en place qu'un « régime de libre-échange et de concurrence dans le cadre d'un traité international qui ne crée d'obligations qu'entre les parties contractantes » (64). Pourtant, peu de temps après, le Tribunal de Première Instance estimait que « l'accord EEE implique une intégration poussée, dont les objectifs dépassent ceux d'un simple accord de libre-échange » (65). De même, la Cour en est venue à considérer que l'un des principaux objectifs de l'accord de Porto est de réaliser de la manière la plus complète possible la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux dans l'ensemble de l'EEE, « de sorte que le marché intérieur réalisé sur le territoire de la Communauté soit étendu aux États de l'AELE » (66). Corrélativement, le raisonnement supportant l'interprétation a évolué. Formellement, la Cour semble conserver la position qu'elle avait établie dans son arrêt *Polydor* : les

(62) CJCE, 12 novembre 2009, *Grimme*, aff. C-351/08, *Rec.* p. I-10777, pt 27 ; CJUE, 11 février 2010, *Fokus Invest AG*, aff. C-541/08, *Rec.* p. I-01025, pt 27, lu en combinaison avec le pt 32. Dans le même sens : CJUE, 15 juillet 2010, *Hengartner et Gasser*, aff. C-70/09, *Rec.* p. I-07233, pt 41.

(63) CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, *Rec.* p. I-6079, pt 21.

(64) Avis 1/91 préc., pt 49. De même, la Cour considérait en 1991 que « l'Espace EE doit être réalisé sur la base d'un traité international qui ne crée, en substance, que des droits et obligations entre les parties contractantes et qui ne prévoit aucun transfert de droits souverains au bénéfice des organes intergouvernementaux qu'il institue » (pt 20).

(65) TPICE, 22 janvier 1997, *Opel Austria*, aff. T-115/94, *Rec.* p. II-02739, pt 107. En 2011, la Cour qualifiait en filigrane l'EEE d'« ensemble économique intégré » : CJUE, Ord., 24 juin 2011, *Eva Maria Pepic*, aff. C-476/10, *Rec.* I-05615, pt 37.

(66) CJCE, 23 septembre 2003, *Margarethe Ospelt*, aff. C-452/01, *Rec.* p. I-09743, § 29.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dispositions d'un accord international, matériellement identiques au traité CE, ne reçoivent pas nécessairement la même interprétation que ces dernières (67). Mais en 1991 la Cour insistait sur le fait que les dispositions devaient être interprétées « selon des approches, des méthodes et des concepts différents, afin de tenir compte de la nature de chaque traité et des objectifs qui lui sont propres » (68). Or, depuis, nombre d'arrêts se bornent à constater que le raisonnement réalisé à l'égard du traité CE (et désormais du traité FUE) vaut « mutatis mutandis » pour les dispositions correspondantes de l'accord EEE (69), ou alors, que la partie défenderesse n'a pas soulevé d'arguments justifiant de s'en éloigner (70). Cet assouplissement se constate également à l'égard des accords UE-Suisse, bien qu'il soit moins net. Après une période de flottements et de positions différentes entre les avocats généraux et la Cour de justice (71), la jurisprudence pourrait s'être stabilisée sur un raisonnement moins sensible au contexte du rejet par la Suisse de l'EEE (72), de sorte que la Cour retient plus facilement des interprétations similaires à celles retenues dans le cadre du marché intérieur.

Néanmoins, l'extension du marché intérieur aux États tiers réalisée par la Cour de justice n'est pas un processus continu, pas plus qu'il n'est uniforme pour l'ensemble des États tiers. D'une part, la

(67) CJCE, 9 février 1982, *Polydor*, aff. 270/80, *Rec*. p. 329.

(68) Avis 1/91 préc., pt 51.

(69) Avec parfois des formulations proches de la tautologie comme, en matière de libre circulation des capitaux, lorsque la Cour relève que, « dans la mesure où les stipulations de l'article 40 de l'accord EEE revêtent la même portée juridique que les dispositions, identiques, en substance, de l'article 63 TFUE, l'ensemble des considérations qui précèdent, relatives à l'existence d'une restriction sur le fondement de l'article 63 TFUE, est, dans des circonstances telles que celles du présent recours, transposable mutatis mutandis audit article 40 » (CJUE, 26 mai 2016, *Commission c/ Grèce*, aff. C-244-15, EU:C:2016:359, pt 48).

(70) Ce raisonnement se retrouve dans le cadre de recours en manquement. En matière de liberté d'établissement, la Cour a pu juger que « la République fédérale d'Allemagne n'a pas indiqué les raisons pour lesquelles les considérations relatives à l'entrave à la liberté d'établissement prohibée à l'article 49 TFUE et à son absence de justification ne seraient pas transposables *mutatis mutandis* à l'article 31 de l'accord EEE. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que le grief invoqué par la Commission, tiré de la violation de l'article 31 de l'accord EEE, est également fondé » : CJUE, 16 avril 2015, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-591/13, EU:C:2015:230, pt 82. Pour un raisonnement similaire dans une affaire mettant en cause non seulement la liberté d'établissement, mais aussi la libre circulation des travailleurs (l'art. 28 EEE étant analogue à l'article 45 TFUE), voy. CJUE, 21 décembre 2016, *Commission c/ Portugal*, aff. C-503/14, EU:C:2016:979, pts 70-71).

(71) Voy., par exemple, la différence entre la position restrictive retenue par l'avocat général Niilo Jääskinen et la Cour s'agissant de l'applicabilité de la liberté de circulation des travailleurs (CJUE, 28 février 2013, *Ettwein*, aff. C-425/11, EU:C:2013:121). Voy. également la différence entre les conclusions de Paolo Mengozzi et l'arrêt de la Cour (CJUE, 17 octobre 2013, *Yvon Welte*, aff. C-181/12, EU:C:2013:662).

(72) Il semble que les derniers arrêts se réfèrent moins au contexte du rejet par la Suisse de l'EEE, ou ne lui accordent pas la même valeur. Voy. les arrêts cités dans la note précédente, ainsi que : CJUE, 19 novembre 2015, *Roman Bukovansky*, aff. C-241/14, EU:C:2015:766.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cour continue de souligner les spécificités qui existent entre les États membres au sein du marché intérieur, de sorte que les dispositions des accords, même de l'accord EEE, ne sont pas systématiquement alignées sur celles du marché intérieur (73). D'autre part, l'accord EEE qui est celui qui admet la plus large intégration d'États tiers, sert lui-même de curseur, de référentiel pour contrôler l'extension du marché intérieur aux autres États tiers (74).

La Cour conserve ainsi un rôle politique dans la définition des contours externes du marché intérieur, de même qu'elle en contrôle le champ par rapport aux marchés nationaux.

2° – *Le contrôle de la profondeur du marché intérieur à l'égard des situations nationales*

Le rôle politique de la Cour de justice se mesure tout d'abord à l'aune de son approche extensive de sa compétence pour répondre à des questions préjudicielles qui ne relèvent pas – du moins directement – du champ d'application des libertés de circulation. La Cour ne subordonne en effet pas strictement sa compétence préjudicielle à l'applicabilité des libertés de circulation dans l'affaire soumise au principal devant le juge national. En ce sens, on peut considérer qu'elle cherche à favoriser la discussion autour de l'application des principes de libre circulation, et ainsi leur appropriation par les ordres juridiques nationaux. Ainsi avait-elle décidé dans l'affaire *Pistre* de ne pas suivre l'avocat général Francis Jacobs (75), et de considérer que l'article 28 du traité CE, devenu 34 TFUE, ne pouvait pas être écarté pour la seule raison que « dans un cas concret soumis à la juridiction nationale, tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre » (76). De même, dans l'affaire *Guimont*, contrairement à la position proposée par l'avocat

(73) Tel est le cas en matière de liberté d'établissement (voy. not. CJUE, 28 octobre 2010, *Établissements Rimbaud*, aff. C-72/09, *Rec.* p. I-10659, pt 40). La Cour fait néanmoins preuve d'un certain pragmatisme dans l'arrêt CJUE, 19 juillet 2012, *A Oy*, aff. C-48/11, EU:C:2012:485. En effet, elle souligne « le contexte juridique différent » qui existe entre les États membres de l'UE, soumis au cadre de coopération fixé par certaines directives (en l'occurrence la directive 77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977) (pt 34). Néanmoins, elle reconnaît que les autorités d'un État membre et celles d'un État tiers peuvent, en vertu d'un traité international (en l'occurrence une convention d'assistance administrative mutuelle en matière fiscale), être soumises à un régime similaire (pt 37), de sorte que la jurisprudence relative à la liberté d'établissement au sein de l'Union semble pouvoir, par cette « équivalence », être transposée.

(74) Voy., pour la Tunisie : CJUE, 24 novembre 2016, *SECIL – Companhia Geral de Cal e Cimento SA*, Aff. C-464/14, EU:C:2016:896, pt 125.

(75) Conclusions F. Jacobs sur CJCE, 7 mai 1997, *Pistre e.a.*, aff. jtes C-321/94 à C-324/94, *Rec.* p. I-2346.

(76) CJCE, 7 mai 1997, *Pistre e.a.*, aff. jtes C-321/94 à C-324/94, *Rec.* p. I-2343, pt 44.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

général Antonio Saggio (77), la Cour accepte de répondre à la question préjudicielle posée par le juge français en considérant que cette réponse « pourrait lui être utile » (78). Il y a donc une volonté de la Cour non seulement d'assurer les conditions d'effectivité maximale du droit de l'Union mais aussi d'assurer la coopération juridictionnelle avec les juridictions nationales en prenant en compte la position de ces dernières, du moins telle qu'elle est connue ou envisagée. Néanmoins, les modalités concrètes de cette coopération continuent de faire l'objet d'appréciations délicates. En atteste l'affaire *Ullens de Schooten* : alors que cette fois l'avocat général Yves Bot proposait à la Cour « non pas d'appliquer strictement sa jurisprudence relative aux situations purement internes afin de déclarer le renvoi préjudiciel irrecevable, mais plutôt, conformément à l'esprit de collaboration qui caractérise cette procédure, de déclarer ce renvoi recevable » (79), la Cour réunie en Grande Chambre ne suit pas cette position et retient une appréciation plus stricte de la recevabilité (80). Pour autant, dans cet arrêt, la juridiction fait preuve de pédagogie en clarifiant les hypothèses qui peuvent la conduire à répondre à des questions posées lorsque dans le litige au principal tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un État membre tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un État membre (81). Ces tâtonnements de la Cour témoignent d'une volonté d'ajuster les termes de sa coopération avec les juridictions nationales, d'une volonté de définir les termes d'un équilibre satisfaisant entre les exigences liées à l'effectivité du droit de l'Union et le respect des compétences nationales.

Sur le fond ensuite, la jurisprudence relative aux libertés de circulation soulève des enjeux politiques dans la mesure où, en déterminant le champ d'application territorial et fonctionnel des libertés, la

(77) Celui-ci considérait « que, eu égard à la nature purement interne de la situation qui fait l'objet du litige au principal, les dispositions de droit communautaire dont le juge de renvoi demande l'interprétation ne lui sont pas applicables et qu'il n'est pas nécessaire que la Cour se prononce (sur le fond) » : Conclusions. A. Saggio sur CJCE, 5 décembre 2000, *Guimont*, aff. C-448/98, *Rec.* p. I-10665.

(78) Tel est le cas « dans l'hypothèse où son droit national imposerait, dans une procédure telle que celle de l'espèce, de faire bénéficier un producteur national des mêmes droits que ceux qu'un producteur d'un autre État membre tirerait du droit communautaire dans la même situation » : CJCE, 5 décembre 2000, *Guimont*, aff. C-448/98, *Rec.* p. I-10663, pt 23.

(79) Conclusions Y. Bot sur CJUE, 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, aff. C-268/15, EU:C:2016:439, pt 56.

(80) CJUE, 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, aff. C-268/15, EU:C:2016:874.

(81) Les trois hypothèses – et une variante – identifiées sont établies en prenant en compte la situation du juge national, selon qu'il est saisi d'une demande visant soit à écarter soit à annuler une réglementation nationale, ou qu'il est soumis à une obligation de non-discrimination en vertu de son droit interne. A.-L. Sibony, « Chronique Marché intérieur », *RTD Eur. 2017*, p. 819.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cour est amenée à « positionner » les marchés nationaux par rapport au marché intérieur. En définissant les situations purement internes qui excluent l'application du droit du marché intérieur, la Cour définit les hypothèses dans lesquelles « l'État conserve un titre à organiser le marché national » (82). À cet égard, on constate que malgré la tendance générale de la Cour à retenir des interprétations extensives du champ d'application des libertés de circulation (83), ce mouvement n'a pas conduit à l'abandon du critère de la situation purement interne annoncé par une partie de la doctrine (84). Il en résulte une jurisprudence souvent considérée comme subtile, voire complexe et peu lisible (85), la synthèse de ces arrêts étant d'autant plus difficile à mener que les questions posées sont bien souvent spécifiques et qu'elles mettent aux prises le marché intérieur avec l'organisation constitutionnelle des États membres ou des choix de politiques nationales. En atteste la délicate opération de qualification des situations purement internes au Royaume-Uni par exemple (86). Si les contours de la notion restent

(82) Ph. Maddalon, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », in V. Michel (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 83-101, spéc. p. 84.

(83) En matière de libre circulation des marchandises, l'une des affirmations les plus nettes de ce mouvement est probablement celle posée dans l'affaire Lancry, dans laquelle la Cour considère que « le principe même de l'union douanière […] exige que soit assurée de manière générale la libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'union et non uniquement le commerce interétatique » (CJCE, 9 août 1994, *Lancry*, aff. C-363/93, *Rec*.p. I-3957). En matière de libre circulation des personnes, dans le célèbre arrêt *Bosman*, la Cour se contente du « passage avorté d'un club belge à un club français », selon les mots de l'avocat général, pour caractériser la situation européenne (CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/ 93, *Rec*. p. I-4921). Voir aussi le raisonnement de la Cour, identifiant une entrave potentielle, dans une affaire où les faits de l'espèce ne présentaient aucun élément d'extranéité : CJCE, 13 janvier 2000, *Heimdienst*, aff. C-254/98, *Rec*. p. I-151.

(84) F. Lagondet, D. Simon, « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d'une mort annoncée », *Europe*, juillet 1997, chron. 9 ; C. Vollot, « Vers une interprétation excessive des frontières du droit communautaire ou la disparition des situations purement internes », *LPA*, 2005, n° 223, p. 10.

(85) Voy. en ce sens, M. Combet, « La résurgence des situations purement internes sur le décloisonnement du droit de l'Union européenne », *RLDA*, 2014, n° 93, pp. 64-68, spéc. p. 64. De même, il a été souligné à propos de la jurisprudence relative à la citoyenneté qu'elle est « difficile à synthétiser » et laisse place à une certaine « perplexité » : E. Pataut, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2011, p. 564.

(86) Dans la très remarquée affaire *Zhu et Chen*, elle avait jugé, à propos d'une ressortissante qui avait acquis la nationalité irlandaise parce qu'elle était née sur l'île d'Irlande, mais sur la partie d'Ulster rattachée au Royaume-Uni, que « la situation du ressortissant d'un État membre qui est né dans l'État membre d'accueil et qui n'a pas fait usage du droit à la libre circulation ne saurait de ce seul fait, être assimilée à une situation purement interne » (CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, *Rec*. p. I-9925, pt 19). En revanche, en 2017, la Grande chambre juge que la prestation de services par des opérateurs établis à Gibraltar à des personnes établies au Royaume-Uni constitue, au regard du droit de l'Union, « une situation dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre » (CJUE, 13 juin 2017, *The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited* (*GBGA*), aff. C-591/15, EU:C:2017:449,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

modulables et dépendants des frontières régionales et des spécificités de la réglementation nationale en cause, ce qui retient l'attention ici, c'est l'attachement – voire l'acharnement – de la Cour à maintenir une position de principe selon laquelle les libertés de circulation n'ont pas vocation à régir les situations « dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre » (87). Cette position semble même s'être renforcée, probablement sous la pression des États émettant des observations. Alors qu'il lui arrivait de rechercher des « entraves potentielles » aux libertés de circulation, la Cour semble désormais poser une présomption « d'internalité de la situation » en exigeant que la juridiction de renvoi démontre que la mesure indistinctement applicable en cause est susceptible de produire des effets qui ne sont pas cantonnés à cet État membre (88). La notion de situation purement interne semble conserver une utilité dans le raisonnement du juge. Elle lui permet de positionner, selon les libertés en cause et selon les questions qui lui sont soumises, les marchés nationaux par rapport au marché intérieur. Elle évite ainsi, dans le respect des règles juridiques qui conditionnent sa légitimité fonctionnelle, de présenter ce dernier comme une construction s'étant totalement substituée aux marchés nationaux (89).

Mais, cette jurisprudence de la Cour ne conduit pas seulement à définir, en creux, la place des États dans l'organisation de leurs marchés nationaux ; elle interroge aussi sur la légitimité des choix nationaux opérés (et peut aboutir, *in fine*, à douter de la pertinence de la place qui avait été laissée à une approche nationale). En effet, l'inapplicabilité des libertés du marché intérieur aux situations purement internes conduit à un traitement différencié, dans lequel la situation purement interne est soumise à des réglementations nationales supplémentaires par rapport à la situation européenne. Contesté par les opérateurs économiques et les particuliers qui y voient une « discrimination à rebours », ce traitement

pt 43). L'extranéité de la situation n'est donc pas reconnue alors même que la Cour considère que « Gibraltar ne fait pas partie du Royaume-Uni » (pt 35).

(87) Pour une affirmation récente et solennelle à propos les libertés d'établissement, de prestation des services et des capitaux : CJUE, 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, aff. C-268/15, EU:C:2016:874.

(88) Arrêt *The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited* (*GBGA*) préc., pt 55, qui se réfère à l'arrêt *Ullens de Schooten*, préc., pt 55.

(89) Néanmoins, en matière de libre circulation des marchandises, le mouvement jurisprudentiel de restriction des situations internes s'inscrit selon Denys Simon « dans la logique d'un marché intérieur, destiné précisément à se substituer à des marchés nationaux juxtaposés » : D. Simon, « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Rép. de droit eur.*, octobre 2015, pt 33. Sur les enjeux de la distinction entre marchés nationaux et marché intérieur, voy. E. Carpano, « Le droit de l'Union comme instrument de contestation interne des réglementations commerciales restrictives : libéralisations des échanges entre les États membres ou libéralisation de l'économie ? », *RLDA*, 2014/87, n° 4835.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

différencié est en revanche revendiqué par les États, désireux de rester maître des choix de leurs politiques économiques ou migratoires, mais aussi pour les collectivités infra-Étatiques qui légifèrent sur ces questions. La jurisprudence de la Cour revêt ainsi une dimension politique dans les enjeux qu'elle engendre à l'égard de questions qui continuent de faire l'objet d'un traitement distinct au niveau de chaque État membre. Les positions des avocats généraux se font l'écho des difficultés soulevées par la question des discriminations à rebours. Certains tentent de prévenir le risque de dérégulation qu'entraînerait une disparition ou une réduction excessive du critère de la situation purement interne (90). D'autres en revanche mettent en cause la disparité réglementaire qui résulte de ce cloisonnement juridique dans un espace censé être un espace de libre circulation, les critiques de ces différences de traitement recevant un écho particulier lorsqu'il s'agit de citoyens de l'Union (91). L'argumentation développée n'a peut-être pas – ou pas encore – emporté la conviction de la Cour qui admet que puisse subsister, au regard du droit de l'Union, un traitement différent pour les situations purement internes (92). Néanmoins, la jurisprudence précédemment étudiée peut être vue comme une tentative de définir un équilibre permettant de concilier les enjeux liés à la construction d'un espace de libre circulation qui laisse subsister des espaces nationaux. C'est ainsi que peut être comprise son approche de la recevabilité consistant à dissocier la question de l'applicabilité des libertés de circulation dans le litige au principal à sa compétence pour répondre à une question posée par un juge national (93). C'est encore sous le prisme de la recherche d'équilibre que l'on peut comprendre sa modulation des contours des situations purement internes, et notamment l'approche globalement restrictive qu'elle peut retenir lorsqu'est en cause le statut de citoyenneté de l'Union et

(90) Voy. les exemples cités par M. Combet, *op. cit.*, pp. 64-68.

(91) Sont ainsi souvent citées par la doctrine les conclusions d'Eleanor Sharpston dans l'affaire *Gouvernement français et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*. L'Avocat général jugeait paradoxal le fait que, « en dépit des efforts faits ces 50 dernières années pour abolir les barrières à la liberté de circulation entre États membres, des autorités décentralisées d'États membres puissent néanmoins réintroduire des barrières par la petite porte en les instaurant à l'intérieur des États membres » (Conclusions sur CJCE, 1er avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement Wallon*, aff. C-212/06, *Rec.* p. I-1683, pt 116).

(92) Par exemple s'agissant de la libre circulation des marchandises, elle considère que ni l'interdiction des restrictions quantitatives, ni le principe de non-discrimination en raison de la nationalité n'impliquent que les marchandises d'origine nationale bénéficient, dans tous les cas, du même traitement que les marchandises importées : CJCE, 23 octobre 1986, *Cognet*, aff. 355/85, *Rec.* p. 3231).

(93) Voy., *supra*, les remarques relatives aux arrêts *Guimont* et *Ullens de Schooten*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

les droits fondamentaux des individus (94). Enfin, l'appréciation plus ou moins restrictive de l'applicabilité des libertés de circulation, mise en perspective avec leur application – notamment à travers la notion d'entrave –, peut être vue comme une modulation permettant à la Cour d'assurer sur l'ensemble de l'opération d'interprétation « un certain équilibre » (95).

B. – Le champ d'application *ratione materiae* et la méthode du projet politique d'intégration

La juridiction européenne est, on l'a dit, confrontée à une « tâche délicate », induite par la coexistence au sein du marché intérieur de marchés nationaux. Si les États apparaissent comme des « autorités auxiliaires d'organisation du marché européen », la jurisprudence, « depuis une vingtaine d'années, peine à circonscrire ce rôle des États » (96). Dans le cadre de la libre circulation des marchandises, elle organise cette répartition entre le marché intérieur et les marchés nationaux en écartant les réglementations nationales relatives aux modalités de vente du champ d'application des libertés, et en ciblant les entraves à la liberté de circulation sur les réglementations qui, par leur objet ou leur effet, mettent en cause l'accès aux différents marchés nationaux. Ce faisant, la Cour propose une répartition entre le marché intérieur et les marchés nationaux qui tente d'assurer l'intégration « négative » du marché intérieur des marchandises tout en laissant au législateur le soin d'en réaliser l'intégration « positive » (97). S'instaure ainsi une dialectique entre d'une part un mouvement d'encadrement de la logique d'ouverture inhérente au marché destinée à en éviter l'instrumentalisa-

(94) Ainsi, la Cour s'était-elle appuyée, dans le très remarqué arrêt *Métock*, sur les droits fondamentaux des citoyens pour réduire le champ des situations purement internes. Cette référence aux droits fondamentaux peut apparaître « comme un écho aux tentatives de certains avocats généraux à donner une portée à la citoyenneté de l'Union telle qu'elle pourrait induire une véritable égalité de traitement entre les citoyens de l'Union, ayant exercé ou pas la mobilité, et ainsi réduire les hypothèses de situations purement internes » : J.-D. Mouton, « Droit de séjour », *Rép. de droit eur.*, déc. 2017, pt 35. On soulignera également, au-delà du cadre du marché intérieur, la référence particulière faite à l'article 2 relatif aux valeurs de l'Union dans le cadre d'une situation au Portugal qui pouvait paraître comme purement interne dans l'arrêt CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, aff. C-64/16, EU:C:2018:117.

(95) C. Nourissat et B. de Clavière-Bonnamour, *Droit de la concurrence. Libertés de circulation*, Paris, Dalloz, 2016, 5e éd., p. 116.

(96) P. Maddalon, *op. cit.*, p. 84.

(97) Sur les notions d'intégration « positive » et « négative », voy. J. Mertens de Wilmars, « Réflexions sur l'ordre juridico-économique de la Communauté européenne », in J. Dutheil de La Rochère et J. Vandamme (dir.), *Interventions publiques et droit communautaire*, Paris, Pedone, 1988, spéc. pp. 35 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tion, et d'autre part une préoccupation de simplicité et d'efficacité de la règle juridique.

1° – *L'encadrement des libertés de circulation contre la tentation de dérégulation*

Dans sa volonté de conférer à la liberté de circulation des marchandises une effectivité la plus large possible, la Cour avait retenu une définition large du champ d'application matériel de l'interdiction des restrictions quantitatives aux échanges posée par les articles 28 et 29 TCE (devenus 34 et 35 TFUE). L'arrêt *Dassonville* englobait ainsi sous le vocable de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative (MEERQ), « toute réglementation commerciale des États membres, susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire » (98). La généralité de cette définition a conduit les opérateurs économiques à chercher à remettre en cause les différentes réglementations qui restreignaient la liberté commerciale des entreprises. Corrélativement, cette jurisprudence a suscité une certaine hostilité de la part des États membres qui voyaient ainsi considérablement diminuer leurs marges de manœuvre pour encadrer le commerce au sein de leurs marchés nationaux respectifs.

C'est très explicitement en réaction contre ces conséquences (99) que la Cour procédera, dans son arrêt *Keck et Mithouard*, à une redéfinition de la notion de MEERQ destinée à cantonner celle-ci. Sa volonté de recentrer les droits de libre circulation sur la logique du marché intérieur est telle que la Cour n'hésitera pas à présenter cet arrêt comme un revirement, en excluant du champ des MEERQ, « contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici », les mesures « qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente », du moins certaines d'entre elles : celles qui sont indistinctement applicables aux marchandises importées et aux marchandises nationales (100).

(98) CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* p. 837, pt 5.

(99) CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267 et C-268/ 91, *Rec.* p. I-6126 : « que les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article 30 du traité pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres États membre ». Voy. pour un commentaire, D. Simon et A. Rigaux, « Visite guidée au pays de Keck et Mithouard dans les pas des avocats généraux : une doctrine, des doctrines, pas de doctrine ? », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris Publications de la Sorbonne, 2013, pp. 941-966.

(100) Plus précisément, sont exclues de la qualification de MEERQ, les mesures relatives aux modalités de vente qui « s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Si cette nouvelle définition a effectivement permis d'exclure du champ de l'article 28, de nombreuses mesures nationales et semble avoir été bien intégrée par les juges nationaux (101), sa clarté apparente a rapidement laissé place à des incertitudes quant à la qualification de certaines mesures. En effet, non seulement l'identification des modalités de vente s'avérait parfois difficile, mais en outre, l'exclusion de certaines modalités de vente, même indistinctement applicables, pouvait parfois sembler injustifiée au regard de leurs effets. La Cour a semblé hésitante quant à la manière de traiter ces difficultés ; alors que l'arrêt *Keck et Mithouard* constituait une évolution abrupte quant au champ des MEERQ, il s'en est suivi une « période beaucoup plus flottante et facteur d'une insécurité juridique certaine » (102), la Cour procédant par tâtonnement avant, semble-t-il, de se fixer sur un critère qui, sans directement remettre en cause « l'esprit *Keck et Mithouard* », apparaît plus opératoire que l'identification des modalités de vente/l'échange.

Aussi, en raison même des difficultés de mise en œuvre de cette notion de « modalité de vente », un débat est né au sein de l'institution juridictionnelle pour savoir s'il convenait d'étendre cette logique aux « modalités d'utilisation ». Ainsi, par conclusions interposées des avocats généraux Julianne Kokott (103) et Yves Bot, une discussion s'est instaurée sur la qualification des « réglementations nationales régissant le mode et le lieu d'utilisation de produits ». Le caractère artificiel de la dichotomie fondant la jurisprudence depuis 1993, dénoncé par le second, n'a pas convaincu au point d'emporter un revirement de jurisprudence sur la question des modalités de vente. Toutefois la charge qu'il effectua contre la pratique issue de cette solution suffit à démontrer aux yeux des juges statuant dans l'affait dite « des remorques italiennes » la nécessité de cantonner le recours à des présomptions distinctives évacuant la qualification de MEERQ. Argumentant en faveur d'une approche plus souple de l'opération de qualification, l'avocat général soulignait ainsi que « s'il est légitime de développer des présomptions quant aux effets sur le marché de différentes catégories de mesures, l'existence d'une restriction peut dépendre également d'autres facteurs, tels que le mode

sur le territoire national, et (qui) affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et ceux en provenance d'autres États membres ».

(101) On se reportera aux exemples donnés par C. Nourissat et B. de Clavière-Bonnamour, *Droit de la concurrence. Libertés de circulation*, Paris, Dalloz, 2016, 5e éd., pp. 131 et s.

(102) *Ibid.*, p. 131.

(103) Conclusions de J. Kokott sur CJCE, 4 juin 2009, *Mickelsson et Roos*, aff. C-142/05, *Rec.* p. I-4273, pt 41.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'application de la réglementation en cause et ses effets concrets sur les échanges » (104).

2° – *Le recentrement progressif du droit du marché intérieur sur le critère de l'accès au marché*

Ce qui est intéressant dans le raisonnement de la Cour, c'est que ses arrêts ultérieurs vont, sans remettre frontalement en cause *Keck et Mithouard*, au contraire stabiliser et organiser cette jurisprudence construite par strates successives en recourant au critère de l'accès au marché.

C'est en effet autour de ce dernier que la doctrine va identifier la cohérence de la jurisprudence relative aux MEERQ, non seulement à partir de la redéfinition donnée en 1993 par l'arrêt *Keck et Mithouard*, mais aussi en remontant à l'arrêt *Dassonville* de 1974 (105). La dichotomie proposée dans *Keck et Mithouard* apparaît dès lors comme une simple hypothèse à envisager pour le juge – lequel pourra simplement identifier une mesure entravant l'accès au marché domestique, c'est-à-dire une MEERQ, en cas de modalité de vente non-indistinctement applicable ; sans pouvoir conclure immédiatement à l'absence d'entrave dans le cas contraire.

Depuis l'affaire « des remorques italiennes » (106), il existe effectivement trois hypothèses susceptibles de constituer un obstacle non-tarifaire aux échanges. La Cour semble plus précisément distinguer deux « cas-types » de MEERQ, la troisième voie d'identification, de nature subsidiaire, reposant davantage sur l'idée générale de la catégorie des MEERQ telle qu'elle était déjà en germe dans l'arrêt *Dassonville*. La juridiction rappelle ainsi que, classiquement, sont susceptibles de constituer des entraves les mesures qui sont discriminatoires par leur objet ou leur effet, ainsi que les mesures indistinctement applicables définissant les conditions auxquelles doivent répondre les marchandises dans l'État membre d'importation. Mais cette liste n'apparaît désormais plus

(104) Conclusions d'Y. Bot sur CJCE 10 février 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-110/05, *Rec*. p. I-519, pts 79-80.

(105) Des observateurs notent en ce sens : « Présent, de façon implicite, dans l'arrêt *Dassonville*, l'accès au marché est au cœur de l'arrêt *Keck et Mithouard* qui mentionne pour la première fois expressément l'expression » (C. Nourissat et B. de Clavière-Bonnamour, *op. cit*. p. 131).

(106) CJCE, 10 février 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-110/05, *Rec*. p. I-519. Voy. dans le même sens : CJCE, 4 juin 2009, *Åklagaren c/ Mickelsson et Roos*, aff. C-142/05, *Rec*. p. I-4273 et CJUE, 6 octobre 2011, *Bonnarde c/ Agence de Services et de Paiement*, aff. C-443/10, *Rec*. p. I-9327.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

exhaustive, puisque peut encore constituer une MEERQ « toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un État membre des produits originaires d'autres États membres » (107). Le caractère discriminatoire ou non de la mesure, ainsi que l'objet de la réglementation, apparaissent ainsi moins comme des critères exhaustifs et impératifs d'identification des MEERQ, que comme de simples indices susceptibles de faciliter leur identification.

Le caractère politique de cette nouvelle jurisprudence apparaît sur plusieurs points. D'abord, s'il est évident que les réglementations nationales mises en cause sont la traduction de choix de politiques, et notamment de politiques de protection des consommateurs, on soulignera l'attention du juge à l'égard des phénomènes sociétaux dans lesquels s'inscrivent ces réglementations nationales. Il se montre en particulier attentif aux habitudes de consommation dans le marché domestique pour apprécier la portée de la mesure. Ainsi dans l'arrêt *De Agostini*, la Cour avait reconnu qu'une prohibition intégrale de la publicité pour un produit pouvait avoir une portée différente pour les produits locaux, déjà connus des consommateurs et les produits qui n'ont pas encore pénétré le marché (108). De même, dans l'affaire « des remorques italiennes », le juge a souligné l'idée qu'une interdiction d'utilisation d'un produit sur le territoire d'un État membre « a une influence considérable sur le comportement des consommateurs, lequel affecte à son tour, l'accès de ce produit au marché de cet État membre » (109).

Ensuite, la Cour a cherché à assurer une cohérence au sein de sa jurisprudence relative au marché intérieur, mais aussi par rapport à celle relative à la concurrence, en s'attachant non pas seulement à l'objet d'une réglementation nationale mais à ses effets (110). Il semble en effet que désormais, le critère général des MEERQ réside dans l'effet d'entrave dans l'accès au marché d'un État membre de produits originaires d'autres États membres ; deux catégories de mesures étant déjà reconnues comme remplissant ce critère (111).

(107) Arrêt *Commission c/ Italie* préc., pt 37.

(108) CJCE, 9 juillet 1997, *De Agostini*, aff. jtes C-34/95 à 36/96, *Rec.* p. I-03843. Voy. aussi CJCE, 8 mars 2001, *Gourmet International Products*, aff. C-405/98, *Rec.* p. I-1795.

(109) Arrêt *Commission c/ Italie* préc., pt 56.

(110) Phillipe Maddalon observe en effet qu'à l'image de ce qu'elle fait en matière de concurrence, la Cour s'attache moins à l'objet des réglementations nationales pour identifier une entrave, potentiellement contraire à la libre circulation, qu'à leurs effets. L'auteur renvoie en ce sens aux conclusions de l'avocat général Yves Bot, dans l'affaire dite « des remorques italiennes » (conclusions sur l'arrêt *Commission c/ Italie* préc., pts 108 et 109).

(111) Il s'agit des mesures qui traitent moins favorablement les produits en provenance d'autres États membres ainsi que les mesures relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Enfin, et peut-être surtout, la position de la Cour semble marquée par sa volonté de réaliser les impératifs du marché intérieur tout en respectant la méthode suivie pour le construire. Elle tente ainsi de poursuivre l'intégration négative nécessaire à sa mise en place, tout en laissant la place à l'intégration positive qui relève du ressort du législateur européen et les compétences partagées avec les États membres. Les législations nationales encadrant les modalités d'utilisation des produits ne constitueront des MEERQ que si elles constituent des mesures entravant l'accès au marché national, de produits d'autres États membres.

Il reste que le traitement que la Cour réserve aux entraves est également difficile à synthétiser. Si la cohérence de la notion d'entrave peut être mise en doute (112), on peut retrouver dans les contours de l'entrave cette même logique de conciliation et de recherche d'équilibre entre l'intégration négative nécessaire à la construction du marché intérieur et les compétences incombant au législateur européen ou ressortant aux États membres. En atteste la catégorie prétorienne des exigences impératives d'intérêt général, qui vise paradoxalement non pas à déroger au principe de la libre circulation, mais à écarter la qualification de l'entrave. Fruit d'un « nouvel équilibre » établi par la Cour de justice (113), celles-ci apparaissent ainsi comme « la contrepartie d'une extension de la notion d'entrave aux mesures indistinctement applicables » (114).

II. – La recherche d'une intégration équilibrée dans la mise en œuvre des principes du droit du marché intérieur

Dans le cadre du marché intérieur, la jurisprudence admet que les échanges « n'obéissent pas à une logique exclusivement concurrentielle » (115). Au contraire, la question de la justification des entraves

---

les produits. Voy. aussi en ce sens : CJUE, 2 décembre 2010, *Ker-Optika*, aff. C-108/09, *Rec.* p. I-12213 (N. De Sadeleer, « Arrêt *Ker-Optika* : De l'ophtalmologue à l'opticien, la réglementation de la vente en ligne des lentilles de contact au regard de la libre circulation des marchandises », *Revue européenne de droit de la consommation*, 2011, pp. 437-446).

(112) Sur le manque de cohérence de la jurisprudence dans l'utilisation de la notion d'entrave : A. Rigaux, « Cohérence et marché intérieur », in V. Michel (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Collections de l'Université de Strasbourg, 2009.

(113) Voy. sur l'importance de cette construction jurisprudentielle pour l'élaboration de la politique européenne du marché : K. J. Alter, S. Meunier-Aistsahalia, « Judicial Politics in the European Community », *Comparative Political Studies*, 1994, Vol. 26, n° 4, pp. 535-561.

(114) B. Bertrand, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, 2012, n° 1, p. 1.

(115) M. Fallon, *op. cit.*, p. 19.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

se présente – d'autant plus manifestement que la notion d'entrave est entendue largement – comme un temps essentiel dans le contrôle juridictionnel, comme une étape inhérente à l'application des règles et principes de la libre circulation (116). C'est ainsi qu'« au cœur du régime des entraves », on trouve face au principe d'interdiction « un dispositif de dérogation par une raison d'intérêt général » (117).

Cet intérêt général peut en réalité prendre deux formes différentes. Il peut s'agir évidemment d'un intérêt circonscrit, c'est-à-dire compatible avec les exigences du droit du marché intérieur tout en étant spécifique à un État et à une situation donnée. Mais l'intérêt général peut encore trouver une autre forme de manifestation, peut-être plus conforme à l'objectif attaché par les traités à la création d'un marché intérieur et qui sera donc privilégié par la Cour par rapport à l'action individuelle des États. Il s'agit de l'harmonisation des mesures nationales, qui permet d'assurer une protection coordonnée de l'intérêt légitime justifiant qu'il soit excipé à la libre circulation. Il découle au final de la jurisprudence que la liberté de circulation doit être mise en œuvre à l'aune de sa finalité, qui est par nature politique (A), et qu'elle peut être une valeur essentielle du marché intérieur sans devenir une exigence absolue dans la construction d'une Europe sensible au pluralisme des préoccupations politiques (B).

A. – La dimension téléologique du marché intérieur et la politique d'intégration des États

Comme le souligne Louis Dubouis, le marché intérieur, cœur et force de l'intégration communautaire, « n'est pas un simple processus économique ayant sa finalité en lui-même, mais un instrument au service de l'Union et qui a pour fin de participer au projet politique que celle-ci constitue » (118). Les avocats généraux n'ont pas manqué de le rappeler quand était en question l'application de la logique intégrative aux

(116) Pour une présentation d'ensemble, voy. notamment V. Hatzopoulos, « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 205-232.

(117) M. Fallon, *op. cit.*, p. 20.

(118) L. Dubouis, *op. cit.*, p. 193. Dans le même sens, Philippe Maddalon propose de voir la « libéralisation des échanges » comme un « implicite moral » de la construction du marché : « Le droit dérivé […] et la jurisprudence favorisent le développement d'une pensée juridique européenne en la matière, et avec elle l'affirmation explicite ou implicite d'une morale » (« Les implicites moraux en droit de la concurrence et des libertés de circulation », *op. cit.*, p. 125).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Conventions conclues avec les États tiers (119). On trouve cette attention portée à la dimension fonctionnaliste dans le double mouvement qui conduit la Cour de justice à favoriser l'action commune des États et à repenser en conséquence la place de ces derniers dans la protection de l'intérêt général.

1° – *La promotion de l'unité dans la protection de l'intérêt général*

Dans la défense de l'unité du marché, la Cour agit aussi bien à un niveau proprement européen que par l'intermédiaire des mesures nationales. En effet dans la promotion du processus d'harmonisation qui peut résulter de sa jurisprudence (120), la juridiction paraît tout d'abord faire de l'existence même d'un marché « commun » une considération d'intérêt général (121), dès lors que celle-ci participe du rapprochement des peuples dans une union sans cesse plus étroite. Si elle autorise, à l'inverse, l'action étatique dans la poursuite d'un motif d'intérêt général, distinct et concurrent de la logique libérale, c'est toujours au terme d'un strict contrôle destiné à préserver l'objectif d'unification du marché intérieur (122). Il en résulte qu'à travers son pouvoir de censure

(119) Voy. *supra* I, § A.

(120) En ce sens, la Cour fait de l'absence de mesure d'harmonisation assumant la protection de l'intérêt en cause une condition préalable à la reconnaissance de la compétence nationale (voy., pour des illustrations récentes : CJCE, 30 avril 2009, *Lidl Magyarorszag*, aff. C-132/08, *Rec.* p. I-3841 ou CJCE, 6 octobre 2015, *Capoda Import-Export SRL*, aff. C-354/14, EU:C:2015:658. Voy. également pour l'adoption de cette solution dans le cadre du règlement REACH : CJUE, 7 mars 2013, *Lapin luonnonsuojelupiiri*, aff. C-358/11, Rec. num., pt 32 ; et CJUE, 17 mars 2016, *Canadian Oil Company Sweden et Rantén*, Aff. C-472/14, EU:C:2016:142, pt 26) – ce qui fait que les règlementations nationales doivent être appréhendées au regard du droit dérivé et non plus des stipulations du traité (CJCE, 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, aff. C-322/01, *Rec.* p. I-14887, pt 64) à moins que le droit dérivé ne contienne une éventuelle autorisation au bénéfice des États (CJCE, 16 décembre 2008, *Lodewijk Gysb*Rec*hts et Santurel Inter BVBA*, aff. C-205/07, *Rec.* p. I-9947) comme c'est le cas en matière d'OGM (voir en ce sens la directive 2015/412 du 11 mars 2015 modifiant la directive 2001/18/CE en ce qui concerne la possibilité pour les États membres de restreindre ou d'interdire la culture d'organismes génétiquement modifiés sur leur territoire, *JOUE* n° L 68, 11 mars 2015, p. 1).

(121) Appréciation qu'elle partage avec le législateur européen, comme le rappelle la lecture des considérants de la directive « services » (Directive 2006/123 du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, *JOUE* n° L 367, 27 décembre 2006).

(122) Selon Takis Tridimas, la juridiction a clairement affirmé cette prévalence de la logique unificatrice dès l'arrêt *Van Duyn* (CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, aff. 41/74, *Rec.* p. 1337, pts 18 et s.), en rappelant que les mesures nationales ne pourraient revendiquer l'utilisation des dispositions dérogatoires prévues par le traité sans démontrer leur stricte nécessité (« Proportionality in Community Law : Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny », in E. Ellys (dir.), The Principle of Proportionality in the Law of Europe, Oxford, Hart, 1999, pp. 65-84). Voy. dans le même sens, CJCE, 5 mai 1982, Schul, aff. C-15/81, Rec. p. 1409 : une mesure nationale ne peut déroger au principe de libre circulation dans la mesure où elle porterait gravement atteinte à l'objectif de « fusion des marchés nationaux dans un marché unique ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la « Cour se saisit de la règlementation étatique pour en faire un facteur d'organisation du marché européen à un niveau national » (123). C'est d'ailleurs ce qu'elle a fait de manière très générale en consacrant, avec le principe de reconnaissance mutuelle, la règle du pays d'origine (124) : elle a réintégré les divergences nationales dans un cadre commun permettant – sauf exception tirée d'un motif d'intérêt général invoqué sous contrôle des juridictions – d'assimiler les disparités de règlementation sans remettre en cause le fonctionnement du marché intérieur et de limiter l'harmonisation communautaire à l'adoption des principes essentiels nécessaires à l'instauration d'une confiance mutuelle entre les États (125).

Dans l'examen des règles applicables à une situation de circulation, la position de la Cour est évidemment particulièrement sensible au degré d'« européanité » de la règlementation en cause : ainsi, chaque fois que « la règlementation étatique ouvre à la concurrence, la Cour la considère beaucoup plus facilement comme licite » (126), bien qu'elle soit l'œuvre d'une action isolée. Cependant, au-delà des dimensions libérale ou « intégrative » d'une mesure (127), la sévérité du contrôle juridictionnel dépend très largement du périmètre de la règlementation en cause. Le simple fait qu'une mesure soit d'origine nationale, et donc d'initiative et d'application limitées à un marché étatique, est de nature à induire un accroissement de la rigueur avec laquelle la juridiction va procéder à l'examen de sa licéité. En effet, face à une mesure nationale poursuivant un motif d'intérêt général, le contrôle de la Cour de justice est d'une intensité largement inédite au regard de ce qu'elle pratique à l'encontre du législateur de l'Union poursuivant l'adoption d'une mesure commune (128).

(123) P. Maddalon, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, p. 95.

(124) Principe consacré en matière de libre circulation des marchandises dans la célèbre affaire dite « Cassis de Dijon » (CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 12/78, *Rec.* p. 649), avant d'être étendu à la libre prestation de services (CJCE, 25 juillet 1991, *Säger*, aff. C-76/ 90, *Rec.* p. I-4221), puis à la liberté d'établissement (CJCE, 20 mai 1992, *Ramrath*, aff. C-106/ 91, *Rec.* p. I-3351).

(125) Voy. en ce sens, le Livre blanc préc.

(126) P. Maddalon, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, p. 88.

(127) On pense ici en particulier à l'approbation par la Commission des mesures prises au titre de la compétence résiduelle qui peut être exercée en vertu de l'article 110 TFUE par un État dans le cadre de l'harmonisation des dispositions nationales. La Cour met en œuvre un contrôle d'une intensité réduite, dès lors que la décision de l'institution peut reposer sur des « évaluations complexes techniques » (CJUE, 6 novembre 2008, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. C-405/07 P, *Rec.* p. I-8301).

(128) Il faut souligner l'existence de deux exceptions : d'une part, face aux conséquences patrimoniales ou à la dimension répressive des mesures contestées (voy. en ce sens, M.-H. Vieu-Planchon, *Le principe de proportionnalité devant la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Lille, 2000, p. 146 ; et P. Craig, *EU administrative*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cette variation est tout d'abord sensible vis-à-vis de l'exigence de non-discrimination, qui prend la forme du principe général d'un droit à l'égalité de traitement pour les opérateurs économiques (129). Certes, toute mesure directement discriminatoire sera constitutive d'une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative (130). Toutefois, hors du cas des modalités de vente, les critères jurisprudentiels qui encadrent les exceptions et dérogations au principe de libre circulation sont de ce point de vue plus rigides à l'encontre des exigences impératives d'intérêt général que pour les motifs d'intérêt général prévus par le traité. Alors que pour les premières, la mesure nationale ne peut traiter directement ou indirectement (131) moins favorablement les produits importés (132) ; dans le cadre des seconds, il convient seulement que la mesure ne constitue pas selon les termes de l'article 36 TFUE une « discrimination arbitraire » ou « une restriction déguisée au commerce entre États membres » (133).

Dans le cadre de la jurisprudence *Cassis de Dijon*, n'échappent donc à la qualification de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative que les mesures « indistinctement applicables aux produits nationaux et importés » (134). Au contraire, pour les motifs « de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale », l'existence d'un accord commun et formalisé par les

Law, Oxford, Oxford University Press, 2012, 2e éd., pp. 611-614), et, d'autre part, en cas d'ingérence dans les droits fondamentaux des individus (CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, pts 48-49), la Cour de justice aura tendance à renforcer l'intensité de son contrôle de proportionnalité même à l'encontre d'une mesure communautaire.

(129) K. Lenaerts, « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *CDE*, 1991, p. 3.

(130) Voy. par exemple, pour un rappel de l'exigence de non-discrimination à l'égard de dispositions nationales régissant les modalités de vente : CJCE, 10 février 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-110/05, *Rec.* p. I-519 ; et CJCE, 30 avril 2009, *Fachverband der Buch – und Medienwirtschaft c/ LIBRO Handelsgesellschaft GmbH*, aff. C-531/07, *Rec.* p. I-3717, pt 17. L'examen du caractère discriminatoire n'est toutefois pas systématiquement formalisé : CJUE, 17 mars 2016, *Canadian Oil Company Sweden et Rantén*, aff. C-472/ 14, EU:C:2016:171.

(131) CJCE, 15 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73, *Rec.* p. 753.

(132) Pour une affirmation particulièrement claire de la différence de régime : CJCE, 17 juin 1981, *Commission c/ Irlande*, aff. 113/80, *Rec.* p. 1625, pt 11. La doctrine n'a toutefois pas manqué de souligner une pratique bien moins rigoureuse des catégories de justifications : B. Bertrand, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, 2012, n° 1, pp. 6-12.

(133) Voy., pour une illustration, l'affaire célèbre des « poupées gonflables » : CJCE, 11 mars 1986, *Conegate c/ HM Customs et Excise*, aff. 121/85, *Rec.* p. 1007.

(134) CJCE, 25 juillet 1995, *Aragonesa*, aff. jtes C-1/90 et 176/90, *Rec.* p. I-4151.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

traités sur le caractère d'intérêt général de l'objectif poursuivi par la législation en cause paraît expliquer qu'il soit plus aisé de justifier l'entrave à la libre circulation.

Dans certains domaines et en particulier dans celui de l'environnement, on a pu craindre l'effet cumulé du caractère limitatif des motifs énumérés par l'article 36 – justifié par le principe d'interprétation stricte des exceptions –, et de l'interdiction des mesures distinctement applicables dans le cadre des exigences impérieuses. Afin d'éviter que ne soit entravée, en raison par exemple de difficultés d'ordre technique, la mise en œuvre de politique incitative au bénéfice de la production d'énergie verte, la Cour a cependant appliqué sa propre jurisprudence avec pragmatisme. L'avocat général Yves Bot observe ainsi qu'elle « neutralise le caractère discriminatoire, pourtant avéré, d'une mesure nationale », ou « se dispense purement et simplement de rechercher si la mesure est discriminatoire ou non » (135). L'équilibre recherché entre l'objectif de réalisation d'un marché intérieur et la mise en œuvre de la clause environnementale (136) se fait alors au détriment de la visibilité de sa jurisprudence, dès lors qu'il n'a pas été expressément reconnu que la protection de l'environnement échappe à l'interdiction des mesures « non indistinctement » applicables.

La variation de l'intensité du contrôle est ensuite particulièrement visible dans l'application du principe de proportionnalité (137) – principe dont la « connotation politique » (138) a pu être soulignée et qui fait donc ici l'objet d'un usage politique. La proportionnalité se présente en effet comme « la clef par laquelle s'ouvre ou se ferme la porte des marchés nationaux pour les opérateurs économiques » (139). Pour les dispositions du droit dérivé qui sont susceptibles de gêner la circulation des marchandises, la Cour va développer un contrôle restreint de la

(135) Conclusions d'Y. Bot, sur CJUE, 11 septembre 2014, *Essent Belgium NV*, aff. jtes C-204/12 à 208/12, EU:C:2013:294, pt 91.

(136) L'article 11 TFUE, en vertu duquel « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union », est par ailleurs appuyé par les articles 3 TUE, 191 TFUE, et 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

(137) Pour une présentation générale de ce principe, qui s'articule autour des critères de l'aptitude, de la nécessité et de la balance des intérêts, voy. D. Simon, « Le contrôle de la proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », *LPA*, 5 mars 2009, n° spécial *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, p. 17).

(138) J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 6e éd., 2010, p. 677.

(139) C. Nourissat et B. de Clavière-Bonnamour, *op. cit.*, p. 117. C'est en particulier le critère tenant à la nécessité de la mesure entravant la libre circulation qui constitue le verrou le plus fréquent.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

proportionnalité en soulignant la responsabilité politique du législateur européen chargé d'établir un équilibre complexe entre des dynamiques contradictoires (140). Ainsi, le requérant qui entend contester une mesure d'harmonisation devra en principe prouver le caractère manifestement disproportionné de l'usage qui a été fait de sa compétence normative par l'Union (141), en démontrant par exemple l'existence de moyens moins contraignants pour atteindre l'objectif poursuivi (142).

À l'inverse, s'agissant des mesures internes (143), qui peuvent trouver leur fondement au sein des dispositions constitutionnelles nationales (144), le juge va développer un examen poussé de la proportionnalité de la mesure, sans procéder à une modulation de l'intensité de son contrôle. En pratique, rares sont les arrêts qui constatent la proportionnalité d'une entrave causée par les dispositions nationales (145).

La protection opérée au niveau communautaire d'intérêts non (directement) économiques (146), par le biais d'une mesure

(140) Une même retenue a pu être observée s'agissant de la mise en œuvre du principe de subsidiarité sous l'égide d'un contrôle restreint, dans lequel le juge paraissait « alors peu disposé à se livrer à des appréciations d'ordre politique ou économique qui l'amèneraient à s'immiscer dans l'exercice concret du pouvoir législatif » (C. Blumann, et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2010, 4e, p. 457). Pour Brunessen Bertrand, si le passage à un contrôle normal n'a pas renforcé l'effectivité du principe, cela s'explique par la nature « éminemment » politique de celui-ci. En tant que tel, il serait étranger à l'office du juge de la légalité, et il conviendrait en conséquence que la juridiction européenne adopte un contrôle minimum. Si nous ne partageons pas l'idée qui voudrait qu'en adoptant un contrôle réduit le juge s'épargne une prise de position politique (voir *supra*), nous partageons tout à fait la conclusion de l'auteure : « le rôle politique de la Cour de justice existe de tout façon déjà depuis bien longtemps » et « il n'y aurait finalement rien de nouveau à voir dans la Cour de justice un juge qui gouverne » – à ceci près que, même sans accroître l'intensité de son contrôle, elle nous semble d'ores et déjà agir « pas autrement que tout juge constitutionnel conduit, par essence, à s'immiscer dans le jeu politique » (B. Bertrand, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTD Eur.* 2012, n° 2, pp. 341 et 354).

(141) CJCE, 10 décembre 2002, *American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec.* p. I-11453, pt 123 ; CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, *Rec.* p. I-11893, pt 48 ; CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, aff. C-154/04, *Rec.* p. I-6451, pt 52.

(142) Voy. par exemple l'affaire dite « Aménagement du temps de travail » : CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni et Irlande c/ Conseil*, aff. C-84/94, *Rec.* p. I-5755, pts 50 et s.

(143) On soulignera également que, selon une jurisprudence constante, c'est à l'État d'apporter la preuve du caractère proportionné de l'atteinte au principe de libre circulation (voy. par exemple, CJUE, 26 avril 2012, *ANET*, aff. C-456/10, EU:C:2012:241, pt 50).

(144) Voy., par exemple, en matière de libre circulation des personnes : CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c/ Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *Rec.* p. I-13693.

(145) Pour des exemples, voy. : CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, aff. C-3602, *Rec.* p. I-9609 ; CJCE 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*, aff. C-244/06, *Rec.* p. I-505 ; CJUE, 17 mars 2016, *Canadian Oil Company and Ranten*, aff. C-472/14, EU:C:2016:171 ; et CJUE, 12 novembre 2015, *Visnapuu*, aff. C-198/14, EU:C:2015:751.

(146) De jurisprudence constante, un motif économique ne peut être qualifié d'exigence impérative d'intérêt général (CJCE, décembre 1997, *Commission c/ France*, aff. C-265/95, *Rec.* p. I-6990).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'harmonisation des législations nationales, fait ainsi comparativement l'objet d'une plus grande clémence dans l'exercice du contrôle de proportionnalité (147). En clair, à mobiles et effets identiques, mesures nationales et européennes se verraient appliquer des standards de contrôle distincts. L'affaire *FEDESA* (148), relative au « bœuf aux hormones », et l'arrêt *National Farmer's Union* (149), qui visait les mesures prises en réaction à l'épidémie de « vache folle », sont à cet égard particulièrement symptomatiques : parce qu'elles évitent des réactions nationales disparates et leurs éventuelles conséquences néfastes sur le fonctionnement effectif de la libre circulation, les dispositions prises au niveau communautaire sur le fondement d'une compétence discrétionnaire paraissaient bénéficier d'un préjugé favorable et n'appeler en conséquence qu'un contrôle limité à la disproportion manifeste.

Si l'on veut revenir ici à l'idée d'éthique du juge, il ressort donc clairement des arrêts rendus par la Cour qu'elle entend favoriser l'adoption « en commun » de solutions dérogeant aux principes de la libre circulation, par rapport à l'hypothèse d'une action individuelle. Elle favorise ainsi le rapprochement et l'harmonisation des pratiques nationales, en conformité avec la finalité originelle de la construction d'un marché unique à l'échelle européenne.

2° – *La perte d'autonomie de l'État dans la poursuite de l'intérêt général*

Exigences impératives, ou raisons impérieuses, bénéficient d'« un mode de détermination au cas par cas » ayant favorisé leur extension, mais dont la doctrine souligne désormais une « plasticité qui confine à la confusion » (150). Les incertitudes quant à la qualification

(147) CJCE, 12 décembre 2006, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-380/03, *Rec.* p. I-11573, pt 145.

(148) CJCE, 13 novembre 1990, *FEDESA e.a.*, aff. C-331/88, *Rec.* p. I-4023.

(149) CJCE, 5 mai 1998, *National Farmer's Union e.a.*, aff. C-157/96, *Rec.* p. I-2211.

(150) Ph. Maddalon, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, spéc. p. 89. Plasticité d'autant plus problématique, que des usages sémantiques erratiques favorisent la confusion avec les motifs d'intérêt général consacrés par les articles 36, 46 et 52 TFUE (voy. en ce sens, V. Hatzopoulos, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout », *RTD Eur.*, 1998, n° 2, p. 191 ; et F. Kauff-Gazin, note sous CJCE, 15 mars 2007, *Commission c/ Irlande*, Aff. C-54/05, *Europe*, 2007, comm. 135).

Par ailleurs, la doctrine souligne l'existence d'ambiguïté similaire autour de la notion de modalité de vente. L'objectif de réduction du nombre de renvoi préjudiciel, qui pouvait avoir inspiré la jurisprudence *Keck et Mithouard*, ne s'est pas réalisé : non seulement les juridictions nationales sont toujours amenées à saisir le juge de l'Union afin de savoir si une mesure nationale peut ou non être justifiée, mais elles le sont en outre afin de déterminer si celle-ci peut ou non, en raison de son objet, échapper à la qualification de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'exigences impératives des motifs poursuivis par l'État s'accompagnent, également, d'une confusion entre le régime des exceptions jurisprudentielles et celui des dérogations textuelles (151), de sorte que la catégorie est conceptuellement mise en cause par la pratique juridictionnelle. À cet égard, il a pu être reproché au juge de l'Union de procéder, à travers cette « confusion totale des justificatifs », à « une révision judiciaire des traités » (152).

Cela étant, si l'objectif de la Cour était purement et simplement d'étendre la liste des motifs de dérogations, on peut s'interroger sur l'efficacité du procédé. N'aurait-il pas été plus opportun et plus convaincant de modifier l'interprétation historique de l'article 36 TFUE, et d'affirmer par un revirement de jurisprudence le caractère non exhaustif des motifs, ou du moins de procéder à une interprétation « vivante » de ces derniers ? Si tel n'a pas été le chemin pris par la juridiction, cela peut certainement s'expliquer par une volonté de préserver le peu de cohérence apparente de ses solutions. Mais il faut s'interroger aussi sur l'existence d'autres mobiles qui peuvent l'avoir poussée à cette approche englobante et non distinctive des différentes formes de prise en compte de l'intérêt général (153). N'y a-t-il pas derrière cette absence de clarification la tentation de conserver la mainmise sur l'évolution du droit du marché intérieur ? Cette approche empirique pourrait en effet traduire une volonté de la Cour de « garder la maîtrise de la notion d'entrave et de maintenir un encadrement des juridictions nationales » (154).

Philippe Maddalon constate, à propos de la délimitation matérielle du marché auquel l'accès est entravé, que la Cour participe à une remise en cause de la distinction entre l'État et l'entreprise. Alors qu'en principe seul le premier possède « le pouvoir juridique et politique d'appliquer une règlementation sur un territoire donné », celui-ci ne conserve sa compétence en fonction du marché identifié par la Cour, qu'« en raison

(151) Plus précisément, c'est premièrement le raisonnement consistant à placer les mesures poursuivant des exigences impératives en dehors du champ d'application de la libre circulation et à neutraliser la qualification d'entrave, qui est régulièrement remis en cause. Deuxièmement, la Cour paraît admettre qu'une mesure distinctement applicable, au moins en fait, bénéficie de l'exception jurisprudentielle. Enfin, les conditions posées à la licéité de la mesure nationale sont appliquées de manière identique, c'est-à-dire *in concreto*, quelle que soit la nature du motif invoqué.

(152) A. Rigaux, « note sous CJCE, 11 décembre 2008, *Commission c/ Autriche* », *Europe*, 2009, comm. 75.

(153) B. Bertrand, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *op. cit.*, p. 4.

(154) P. Maddalon, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, spéc. p. 89.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

du produit, pas du fait de son autorité intrinsèque » (155). L'État apparaît dès lors davantage comme une autorité de régulation sectorielle que comme un acteur horizontal responsable de l'ensemble des politiques publiques. Au regard des solutions rappelées ci-dessus, il peut sembler que le mouvement de « dévalorisation » du rôle de l'État est même plus large dans la mesure où l'autonomie de l'État, intégré dans le marché intérieur, paraît remise en cause chaque fois qu'il entend poursuivre des motifs d'intérêt général non dirigés vers le libéralisme économique.

Au sein du marché, le primat de la logique économique ne semble finalement s'effacer qu'à la condition que le droit de l'Union lui-même procède à la promotion de l'objectif d'intérêt général parmi les préoccupations essentielles de l'Union. Tel semble désormais être le cas avec l'environnement, qui bénéficie désormais d'une clause horizontale insérée dans le droit primaire et d'une jurisprudence particulièrement malléable (156), ou encore avec la protection des droits fondamentaux (157). De même, dans l'arrêt *Josemans* (158) la lutte contre le trafic de drogue est présentée comme un objectif légitime au titre du maintien de l'ordre public « aussi bien au niveau des États membres qu'à celui de l'Union » (159).

Il existe cependant des sujets sur lesquels les États paraissent conserver une influence plus marquée. Les insuffisances du marché résultent ainsi pour partie d'une harmonisation limitée dans certains domaines de résistance, comme par exemple dans ceux des législations fiscales et sociales (160). Ce n'est pas un hasard si le premier « carton jaune » adressé par les parlements nationaux, au nom du principe de subsidiarité, concerna une proposition de la Commission relative aux modalités de conciliation entre le droit de grève et la liberté de circulation (161). S'agissant de ces questions sociales, elles pourraient par

(155) *Ibid.*, p. 101.

(156) Voy. *supra*, les observations de l'avocat général Yves Bot, ainsi que les motifs développés par la Cour dans l'arrêt *Ålands Vindkraft AB c/ Energimyndigheten* (CJUE, 1er juillet 2014, aff. C-573/12, EU:C:2014:37, pts 83 et s.).

(157) On notera en ce sens le souci de la Cour de justice de justifier, lorsque les Etats invoquent les droits constitutionnellement protégés, le caractère « légitime » de l'intérêt poursuivi en s'appuyant sur les droits fondamentaux consacrés par le droit de l'Union : CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* p. I-5659, pts 71-74.

(158) CJUE, 16 décembre 2010, *Josemans*, aff. C-137/09, *Rec.* p. I-13019, pts 65 et 66.

(159) B. Bertrand, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *op. cit.*, p. 7 : ce qui conduit à s'interroger sur une possible « dualité de l'ordre public, qui serait ici à la fois national et européen ».

(160) L. Dubouis, *op. cit.*, p. 190.

(161) En mai 2012, les parlements ont en effet exprimé, par 19 voix sur les 54 allouées, leur opposition à la proposition de règlement de la Commission concernant l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ailleurs illustrer la nécessité pour la Cour de justice de faire preuve d'une sensibilité accrue à la préservation, dans le cadre des exceptions aux principes du marché intérieur, d'un pluralisme axiologique. En ce sens, Vassilis Hatzopoulos (162) soulève une hypothèse à laquelle il convient de s'intéresser : même si cela révèle un phénomène d'ascendance finalement assez classique, les critiques émises à l'encontre des arrêts *Viking* (163) et *Laval* (164) auraient participé d'un mouvement jurisprudentiel favorisant l'intégration des préoccupations politiques des États au sein du marché (165).

B. – Le pluralisme axiologique dans le marché intérieur et l'intégration des préoccupations politiques des États

Le développement par la Cour constitutionnelle fédérale allemande de la théorie de l'*ultra vires*, ainsi que sa volonté d'assurer la préservation des structures fondamentales de l'État allemand (166), démontrent à suffisance l'impossibilité dans laquelle se trouve aujourd'hui la Cour de justice d'agir, de manière générale, sans tenir compte des préoccupations qui lient les juridictions nationales et en particulier des impératifs constitutionnels auxquels elles sont soumises. Ceci se retrouve dans le champ du droit du marché intérieur.

Si cette réalité d'une pratique juridictionnelle sensible à son environnement politico-juridique n'est pas nouvelle (167), la problématique juridique et la recherche doctrinale se sont ainsi tout particulièrement formalisées autour de la question des valeurs fondamentales

prestation des services (« Monti II »), ce qui a conduit l'institution à retirer sa proposition même si elle ne reconnaissait pas l'existence d'une violation principe de subsidiarité.

(162) V. Hatzopoulos, « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », in *op. cit.*, pp. 205-232.

(163) CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec.* p. I-10779.

(164) CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet e.a.*, aff. C-341/05, *Rec.* p. I-11767.

(165) Pourrait par exemple illustrer cette évolution, la différence d'appréhension de la condition tenant à l'existence d'un salaire minimum rendu applicable par des dispositions législatives (au sens de l'article 3, § 1, de la directive sur les travailleurs détachés) entre les affaires *Rüffert* (CJCE, 3 avril 2008, aff. C-346/06, *Rec.* p. I-1989) et *Regio Post* (CJUE, 15 novembre 2015, aff. C-115/14, EU:C:2015:760) – même si l'attention portée au risque de dumping social a nécessairement des limites (CJUE, 18 septembre 2014, *Bundesdruckerei GmbH*, aff. C-549/13, EU:C:2014:2235).

(166) Cour constitutionnelle fédérale allemande, 6 juillet 2010, *Mangold-Urteil EuGH*, *Honeywell*, *BVerfG*, *2 BvR* 2661/06.

(167) J.-C. Gautron, « Le droit de l'Union européenne connaît-il le phénomène des cycles ? », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 305-317.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des différents ordres juridiques en interaction et du respect de l'identité constitutionnelle ou nationale des États membres. Dans un certain nombre de décisions, le recours à l'article 4, paragraphe 2, TUE apparaît effectivement de nature à renforcer ou à étayer l'invocation d'un des motifs de dérogation ou d'exception à la libre circulation reconnu par le droit du marché intérieur. Toutefois, le mouvement d'« ouverture axiologique » pourrait s'avérer plus large et ne pas se limiter aux seuls motifs constitutionnellement consacrés dans les ordres juridiques internes. S'il se peut que la Cour de justice ait en ce sens accru sa sensibilité aux diverses préoccupations légitimes des États, elle ne l'a cependant pas fait de manière inconditionnelle. Elle s'est au contraire attachée à imposer un impératif de cohérence dans l'invocation des valeurs nationales.

1° – *L'ascendance des intérêts légitimes dans le cadre de l'invocation de l'identité nationale*

Contrairement au droit de la concurrence, le droit du marché intérieur – peut-être parce qu'il s'agit d'un domaine de compétence partagée – connaît depuis son origine un pluralisme axiologique latent (168), dans lequel l'économie n'apparaît pas nécessairement et systématiquement comme une valeur définitive (169). L'article 36 TFUE et ses versions équivalentes pour les autres libertés de circulation, ainsi que la jurisprudence sur les exigences impérieuses et les raisons impératives d'intérêt général, instaurent en ce sens une série de motifs dérogatoires, qui, sans être « premier[s] » (170), n'en constituent pas moins la source d'une diversification potentielle au sein du système de valeurs applicables dans le cadre du marché intérieur (171).

(168) P. Maddalon, « Les implicites moraux en droit de la concurrence et des libertés de circulation », *op. cit.*, p. 126.

(169) Contrairement au droit de la concurrence, aucune « règle de raison » fondée sur l'efficience économique n'a été explicitée en matière de libre circulation (voir en dernier lieu : CJCE, 11 septembre 2008, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-141/07, *Rec.* p. I-6935, pt 60).

(170) P. Maddalon, « Les implicites moraux en droit de la concurrence et des libertés de circulation », *op. cit.*, p. 127.

(171) On notera à cet égard que les entraves d'origine nationale ne sont pas examinées au regard des seules exigences du principe de libre circulation, mais sont encore tenues de respecter les droits fondamentaux garantis par le système juridique de l'Union (CJCE, 11 juin 2015, *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft e.a. c/ Magyar Állam*, aff. C-98/14, EU:C:2015:386, pt 74 : « lorsqu'un État membre invoque des raisons impérieuses d'intérêt général pour justifier une réglementation qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services, cette justification doit également être interprétée à la lumière des principes généraux du droit de l'Union et notamment des droits fondamentaux désormais garantis par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne […]. Ainsi, la réglementation nationale en cause ne pourra bénéficier des exceptions prévues que si elle est conforme aux droits

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Pendant longtemps, les potentialités ouvertes par les hypothèses de dérogations et d'exception aux règles du marché n'ont cependant pas bénéficié d'une ouverture effective dans la jurisprudence de la Cour. À cet égard, les arrêts *Viking* et *Laval*, qui mirent aux prises les libertés syndicales avec la liberté de circulation, sont apparus comme le paroxysme d'une politique jurisprudentielle qui fait la part belle au libéralisme économique et au (risque de) dumping social qu'il entraine avec lui (172). L'émoi suscité lors de la réception de cette solution fut d'autant plus vif que celle-ci se démarquait de précédents dans lesquelles, à l'image de l'affaire *Schmidberger*, le juge communautaire avait semblait reconnaître le bien-fondé des intérêts légitimes invoqués par les gouvernements nationaux (173).

On avait, en ce sens, pu légitimement s'interroger sur la reconnaissance d'une « réserve de constitutionnalité » (174) au bénéfice des États. Il faut pourtant se garder d'une lecture isolée des décisions rendues par la Cour de justice, et toujours les replacer dans la ou les dynamiques jurisprudentielles d'ensemble. Ainsi, si l'on intègre à la réflexion d'autres motivations, telles que celles développées dans les arrêts *Omega* et *Sayn-Wittgenstein*, ces différents cas d'espèce traduisent plus vraisemblablement une « absorption par le droit de l'Union de l'exception de fondamentalité » (175). Dans cette perspective, ce qui ressort avec évidence, c'est que la juridiction européenne entend maintenir un strict contrôle. C'est effectivement toujours dans le cadre du jeu de dérogations et d'exceptions ouvertes par le droit du marché intérieur que sont appréhendées les entraves nationales motivées par des motifs issus des valeurs fondamentales des ordres juridiques nationaux.

---

fondamentaux dont la Cour assure le respect ». Voy. déjà en ce sens : CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec.* p. I-3689, pt 24 ; CJCE, 27 avril 2006, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-441/02, *Rec.* p. I-3449, pt 108 ; et CJUE, 30 avril 2014, *Robert Pfleger e.a.*, aff. C-390/12, EU:C:2014:281, pts 30-36).

(172) Sur cette jurisprudence, Voy. égal. les contributions de S. de la Rosa, « La politique sociale » et d'E.Dubout, « Le libéralisme politique de la Cour de justice – Le cas de la liberté d'entreprise » dans *cet ouvrage*.

(173) Les arrêts *Viking* et *Laval* sont en outre intervenus dans un domaine de compétence réservée des États (article 153, § 5, TFUE), ce qui rend la conclusion de la Cour, selon laquelle les actions collectives ne sont pas par nature soustraites à la libre prestation des services, d'autant plus difficilement acceptable pour ceux qui considèrent que « le processus d'ouverture des marchés est allé au-delà de ce qui était nécessaire ou souhaitable » (Rapport de Mario Monti au Président de la Commission José Manuel Barosso, préc., p. 77).

(174) C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 59 et 718. Une telle compréhension du droit au respect de l'identité nationale des États a été cependant écartée par l'avocat général Pedro Cruz Villalón dans l'affaire *Peter Gauweiler* (conclusions sur CJUE, 14 janvier 2015, aff. C-62/14, pts 59-60).

(175) E. Carpano, commentaire sous l'arrêt *Omega*, in M. Karpenschif, C. Nourrissat (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2010, p. 317.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Certes, d'un côté, face en particulier à l'invocation d'un élément inhérent à l'identité nationale, la Cour de justice semble susceptible de relativiser l'importance de la nature commune de la valeur invoquée. Ainsi, dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, a-t-elle précisé « qu'il n'est pas indispensable que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause et que, au contraire, la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État » (176). Mais, d'un autre côté, le recours à l'article 4, paragraphe 2, TUE ne fait pas échapper à l'application du droit de l'Union (177), et c'est uniquement dans le cadre de l'invocation d'un motif d'intérêt général reconnu, en l'espèce, par le traité que l'identité nationale vient jouer au soutien de l'interdiction des titres nobiliaires : il y a dans le raisonnement de la Cour une véritable « imbrication […] entre ordre public et identité nationale » (178). On notera cependant que ledit motif peut être d'origine jurisprudentielle, dans la mesure où il est susceptible d'être déduit par le juge – comme en matière de droits et libertés fondamentaux – d'une conciliation entre différents objectifs ou principes essentiels du droit primaire. Ainsi, dans l'affaire *Runevič-Vardyn et Wardyn*, c'est au nom de « la défense et [de] la promotion de la langue d'un État membre » qu'a été invoquée l'identité nationale pour justifier l'atteinte portée à la liberté de circulation de citoyens européens et au respect dû à leur vie privée. Les juges ont considéré, à cet égard, que la politique publique

(176) CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c/ Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *Rec.* p. I-13693, pt 91. La Cour avait déjà reconnu aux États membres une grande liberté pour déterminer le contenu et la portée d'un droit fondamental sur son territoire, compte tenu des spécificités nationales (arrêt *Omega* préc., pts 37 et 38). Toutefois, il semble discutable de tirer de cette relative ouverture à la diversité la conclusion selon laquelle, en vertu de l'article 4, § 2, TUE, une différence de standard dans la protection des droits fondamentaux pourrait justifier une dérogation aux règles juridiques de l'Union chaque fois que de tels droits pourraient être considérés comme relevant de l'identité nationale d'un État membre (voy. en ce sens, L. F. M. Besselink, « General Report », *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon : The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, Tartu University Press, rapports du XXVe congrès de la FIDE, Tallinn, 2012, vol. 1, p. 136).

(177) Selon la Cour, l'identité nationale ne constitue pas une limite au champ d'application du droit de l'Union, mais simplement un objectif légitime qui peut justifier que soit porté atteinte aux droits que les particuliers tirent du droit de l'Union (voy. en ce sens, les arrêts *Sayn-Wittgenstein* préc. pts 92-94 ; et CJUE 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, aff. C-391/09, Rec. I-3787, pts 86-87).

(178) B. Bertrand, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *op. cit.*, p. 7.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de protection de la langue nationale constituait un « objectif légitime » (179) au sein d'une Union qui « respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique » conformément à articles 3, paragraphe 3, TUE et 22 CDFUE (180).

Quel que soit son fondement exact, l'« intrusion de l'identité constitutionnelle dans le jeu des dérogations aux libertés de circulation n'est pas donc dépourvue d'ambiguïté » (181). Cela étant, il se dégage des arrêts mêlant l'identité nationale à la justification – écrite ou jurisprudentielle – d'une opposition aux principes du marché intérieur deux traits significatifs et qui participent de cette écriture contrapuntique d'un équilibre subtil par la Cour de justice.

Premièrement, il est patent que le thème de l'identité nationale est aujourd'hui sollicité de manière bien plus régulière – au risque d'ailleurs de devenir en voie de banalisation. On trouve désormais dans les conclusions des avocats généraux des développements fréquents, et parfois sceptiques, en réponse aux arguments tirés du respect de l'identité nationale (182). Moins souvent, mais de manière significative désormais, c'est dans les arrêts eux-mêmes que la question de l'identité nationale se retrouve. Ainsi, en matière de marché public, la juridiction a-t-elle tenu compte de l'article 4, paragraphe 2, avant d'écarter l'application de la directive 2004/18 au cas d'un transfert de compétences détenues par des collectivités publiques à un syndicat nouvellement créé et doté

(179) Au-delà de l'ambiguïté induite par le fait que l'expression est généralement employée, en aval de l'identification d'un motif d'intérêt général, au sein du teste de proportionnalité ; cette notion semble rejoindre celle d'« intérêt légitime » visée dans certains arrêts dans lesquels la protection des droits fondamentaux est reconnue comme étant de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit de l'Union et notamment au principe de libre circulation (voy., par exemple, les arrêts préc. *Schmidberger*, pt 74, et *Laval*, pt 93 ; ainsi que CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union*, aff. C-438/05, *Rec.* p. I-10779, pt 45). La notion d'« intérêt légitime » a également pu être employée à propos de l'objectif de protection des mineurs (CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, *Rec.* p. I-505, pt 42) et de la lutte contre le terrorisme et le trafic de drogue (CJUE, 16 décembre 2010, *Marc Michel Josemans c/ Burgemeester van Maastricht*, aff. C-137/09, *Rec.* p. I-13019, pts 60 et s.).

(180) Arrêt *Runevič-Vardyn et Wardyn* préc., pts 83 et s.

(181) B. Bertrand, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *op. cit.*, p. 7.

(182) Voy. par exemple les conclusions rendues par l'avocat général Y. Bot sur l'arrêt « Taricco II », à propos de la conception italienne du principe de non-rétroactivité de la loi pénale (CJUE, 5 décembre 2017, *Procédure pénale c/ M.A.S. et M.B.*, aff. C-42/17, EU:C:2017:936., pts 121 et s.) ; celles de M. Wathelet, à propos de l'invocation de la conception hétérosexuelle du mariage par Lettonie pour s'opposer au bénéfice de la libre circulation du « conjoint » d'un ressortissant de l'Union (conclusions du 11 janvier 2018 dans l'affaire pendante C-673/16, *Coman e.a.*) ; ou encore celles de M. Poiares Maduro (CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c/ Ethniko Symvoulio Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias*, aff. C-213/07, *Rec.* p. I-9999, pt 33)

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'une autonomie décisionnelle et financière (183). De même, s'agissant du droit d'exercer la profession d'avocat dans un État membre autre que celui de délivrance du titre, la Cour a-t-elle pris soin d'écarter l'argument tiré d'une méconnaissance de l'identité nationale italienne (184).

Deuxièmement, si les cas où l'invocation de l'identité nationale participe à la justification effective d'une entrave restent largement minoritaires – dans la mesure où l'ensemble des conditions usuelles, et particulier l'exigence de proportionnalité *stricto sensu* (185), continuent de s'appliquer à la législation nationale – il s'avère que l'argument tiré des valeurs constitutionnelles bénéficie d'un statut particulier au soutien des prétentions de l'État. Le respect de l'identité nationale est en effet reçu par la juridiction européenne avec toute l'attention, voire la déférence, requise vis-à-vis d'une ressource rhétorique de cette nature. L'argument identitaire semble en ce sens, non seulement revêtir un poids particulier dans le cadre de la balance des intérêts que le juge doit opérer (186), mais surtout il paraît en amont toujours devoir être qualifié de « but légitime » (187). Ainsi, même lorsque l'identité nationale n'est pas de nature à justifier l'entrave identifiée, c'est uniquement sur le terrain de la proportionnalité de la mesure nationale que la Cour se prononce en évitant, en principe, de juger de la sincérité du motif invoqué (188). Il est possible que cette réceptivité soit de nature à favoriser une « prise en charge » des diverses préoccupations constitutionnelles des États

(183) CJUE, 21 décembre 2016, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord c/ Region Hannover*, aff. C-51/15, EU:C:2015:936.

(184) CJUE, 17 juillet 2014, *Angelo Alberto Torresi et Pierfrancesco Torresi c/ Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*, aff. jtes C-58/13 et 59/13, EU:C:2014:2088.

(185) Voir par exemple, CJUE, 6 avril 2013, *Antons Las c/ PSA Antwerp NV*, aff. C-202/11, EU:C:2013:239, pts 29-33. Le respect du principe de proportionnalité a ainsi été qualifié de « question esssentielle » par l'avocat Niilo Jääskinen dans les conclusions qu'il a rendues sur l'arrêt *Runevič-Vardyn et Wardyn* préc. (pt 81).

(186) Voy. en ce sens l'arrêt *Runevič-Vardyn et Wardyn* préc., pts 86 et 87 : « Conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte également l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la protection de la langue officielle nationale de l'État. Il s'ensuit que l'objectif poursuivi par une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, visant à protéger la langue officielle nationale par l'imposition des règles de graphie prévues par cette langue, constitue, en principe, un objectif légitime susceptible de justifier des restrictions aux droits de libre circulation et de séjour prévus à l'article 21 TFUE et peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec lesdits droits reconnus par le droit de l'Union ».

(187) Arrêts préc. *Sayn-Wittgenstein*, pt 92 ; *Runevič-Vardyn et Wardyn*, pt 86 ; CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, aff. C-438/14, EU:C:2016:401, pt 73.

(188) Il en a été ainsi des affaires où le Luxembourg invoquait l'identité nationale pour justifier l'exclusion des ressortissants des autres États membres de l'accès aux fonctions de l'enseignement public (CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-473/93, *Rec.* p. I-3207, pt 35) ; ou tirait argument de la nécessité de maintenir l'emploi de la langue luxembourgeoise dans les actes notariés pour légitimer une condition de nationalité imposée dans l'accès à la profession (CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-51/08, *Rec.* p. I-4231, pt 124).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

membres au sein de l'Union. Si cette dynamique se confirmait, il faudrait alors s'attendre à ce que la jurisprudence étende en matière d'identité nationale le test de cohérence qu'elle a pu instaurer par ailleurs.

2° – *L'ouverture aux intérêts légitimes des États suspendue à l'exigence jurisprudentielle de cohérence*

Les auteurs qui voient dans les arrêts *Viking* et *Laval* un point d'orgue de la doctrine physiocrate, suivi par un basculement vers une jurisprudence plus équilibrée, prennent généralement appui sur le contentieux des jeux d'argent pour l'illustrer (189). Il s'agit effectivement du domaine dans lequel semble initialement avoir été adoptée par la Cour une nouvelle approche en matière d'examen de la justification des entraves nationales – laquelle paraît destinée à se répandre à l'ensemble des intérêts légitimes susceptibles d'être invoqués par les États membres, fût-ce sous le couvert de l'identité nationale.

Les arrêts rendus à l'encontre des législations nationales applicables aux loteries et autres paris sportifs ont été perçus comme la reconnaissance, sous condition de cohérence, d'une liberté d'interdiction ou de limitation des jeux d'argent (190). Une telle marge de manœuvre concédée aux États – jugée considérable (191) – découlerait de l'inapplication du troisième critère du test de proportionnalité – celui de la proportionnalité *stricto sensu* – qui aurait été remplacé par un « test d'hypocrisie » (192).

Dans la continuité de l'interdiction des mesures constituant une « discrimination arbitraire », la Cour s'est donc efforcée à partir de la jurisprudence *Gambelli* de prendre aux mots les préoccupations invoquées par les États, quant à la santé publique et au risque d'addiction

(189) Pour une présentation d'ensemble de la jurisprudence, voir C. Toader, « Les jeux de hasard et les particularités nationales », in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) : liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 663-680.

(190) P.-Y. Monjal, *op. cit.*, p. 744 : « la jurisprudence récente de la Cour dans le domaine des jeux de hasard [montre] le degré élevé d'autonomie de ces législations nationales en la matière ainsi que la manière dont les règles européennes de concurrence pouvaient être mise entre parenthèses au profit d'opérateurs nationaux uniques jouissant de droits exclusifs dès lors qu'ils étaient solidement justifiés par des raisons impérieuses d'intérêt général ».

(191) *Ibid.*, spéc. p. 676.

(192) V. Hatzopoulos, « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op. cit.*, p. 223. Ce « test d'hypocrisie » est cependant décrit de la manière suivante par Paolo Mengozzi : « Il s'agit, plus concrètement, du test classique sur le caractère adéquat et proportionnel de la réglementation visée » (conclusions sur CJUE, 8 septembre 2010, *Markus Stoß e.a. c/ Land Baden-Württemberg*, aff. jtes C-316/07 e.a., *Rec.* p. I-8069, pt 50).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de leur population, tout en examinant la « cohérence » de leur dispositif national restreignant la libre prestation de service (193). Ce domaine des jeux de hasard montre que si la Cour est susceptible d'accepter plus largement la compétence des États à poursuivre un intérêt général de manière spécifique, c'est-à-dire en fonction « de ses propres particularités nationales » (194), c'est à la condition qu'ils n'en profitent pas pour réintroduire des restrictions déguisées (195) au sein d'un espace toujours dominé par l'idéal de libre circulation constitué par le marché (196).

Si le caractère cohérent de la législation national est juridiquement rattaché au critère de l'aptitude développé au sein du test de proportionnalité, en termes politiques, cette condition se traduit donc tout simplement par une valeur : celle d'honnêteté. Le critère du caractère cohérent et systématique conduit ainsi la Cour à poursuivre dans son examen la trace d'une discrimination ou à tout le moins d'un avantage volontairement conféré à un opérateur ou à une catégorie d'opérateur.

Il ne faudrait pas penser que l'exigence de cohérence soit limitée au seul domaine des jeux de hasard. Comme cela a été évoqué par l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, à propos des règles de passation des marchés publics, il n'y a pas d'espace dans le droit matériel pour les « subterfuges illégaux ». Pour échapper au principe libéral – en matière de circulation ou de concurrence –, c'est à la règle du jeu commune que doit se soumettre l'État membre, et la réussite de ses

(193) CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01, *Rec.* p. I-13031, pt 67 : si des restrictions peuvent être introduites par la législation nationales au nom de raisons impérieuses d'intérêt général, encore faut-il qu'elles « soient propres à garantir la réalisation desdits objectifs en ce sens que ces restrictions doivent contribuer à limiter les activités de paris d'une manière cohérente et systématique ». Pour des rappels plus récents, voir : CJCE, 6 mars 2007, *Procédures pénales c/ Massimiliano Placanica e.a.*, aff. C-338/04 e.a., *Rec.* p. I-1891 ; CJUE, 3 juin 2010, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd*, *Ladbrokes International Ltd c/ Stichting de Nationale Sporttotalisator*, aff. C-258/08, *Rec.* p. I-4757, pt 21 ou CJUE, 8 septembre 2016, *Domenico Politanò*, aff. C-225/15, EU:C:2016:645, pt 44).

(194) C. Toader, *op. cit.*, p. 679. La Cour a même souligné que, combiné avec le principe du respect de l'identité nationale, le principe de cohérence n'interdisait pas l'existence de solutions diverses au sein d'un Etat fédéral, dès lors que les différentes législations coexistant au sein de celui-ci respectaient le principe de proportionnalité (CJUE, 12 juin 2014, *Digibet Ltd. et Gert Albers c/ Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG*, aff. C-156/13, ECLI :EU:C:2014:1756, pts 34 et 41).

(195) Pour un exemple, voy. : CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger e.a.*, aff. C-390/12, EU:C:2014:281.

(196) Sur les soubassements moraux possibles de la prégnance de la valeur libre circulation, voir P. Maddalon, « Les implicites moraux en droit de la concurrence et des libertés de circulation », *op. cit.*, pp. 132 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« stratagèmes » (197), légaux cette fois-ci, dépendra d'une « connaissance parfaite » (198) de la loi européenne dans le champ de laquelle il s'est placé. On ne sera donc pas surpris de constater que le « test d'hypocrisie » a été progressivement explicité par les différents secteurs de la libre circulation (199). Son emploi c'est ainsi ultérieurement étendu pour s'appliquer au-delà des jeux de hasard aux domaines plus particulièrement sujets, ou suspectés d'être sujets, au favoritisme (200), ainsi que dans le champ de la directive 2000/78 sur l'interdiction des discriminations à raison de l'âge (201).

Parce qu'il repose sur une logique d'honnêteté et de confiance, il est à souhaiter que ce « test d'hypocrisie » s'étende à l'ensemble des cas de dérogation ou d'exception au principe de libre circulation dans les divers secteurs du marché intérieur, et notamment à l'encontre de l'invocation de l'identité nationale. Il pourra ainsi prendre la forme d'une exigence générale et apparaître comme la contrepartie du développement du critère de l'accès au marché dans l'identification d'une entrave. Il est en effet de nature à reconnaître aux États une part plus importante dans l'identification des préoccupations légitimes qui doivent émerger au niveau européen, sans remettre en cause l'obligation de loyauté qui s'impose à eux dans la construction du marché intérieur.

(197) D. R.-J. Colomer, conclusions sur CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA c/ Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e.a.*, aff. C-196/08, *Rec.* p. I-9913, note 7.

(198) P.-Y. Monjal, *op. cit.*, p. 746 : « En tant que conception inclusive de l'appartenance à l'Union, la maîtrise des procédés juridiques de neutralisations du droit matériel révèle en réalité un degré d'implication élevé des États dans leur volonté de mettre en œuvre leurs obligations européennes ».

(199) Et même au-delà puisqu'il a pu se retrouver en matière de concurrence, s'agissant de l'interdiction des ententes (CJUE, 4 septembre 2014, *API SpA e.a. c/ Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e.a.*, aff. C-184/13, EU:C:2014:2147, pt 53).

(200) On retrouve ainsi le critère de la cohérence dans le domaine des monopoles pharmaceutiques (CJCE, 19 mai 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-531/06, *Rec.* p. I-4103, pt 66 ; CJUE, 1er juin 2010, *Blanco Perez et Chao Gomez*, aff. jtes C-570 et 571/07, pt 94 ; aff. jtes C-171 et 172/07), dans celui de la santé (CJCE, 17 juillet 2008, *Corporación Dermoestética SA c/ To Me Group Advertising Media*, aff. C-500/06, *Rec.* p. I-5785 ; CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c/ Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, aff. C-169/07, *Rec.* p. I-1701), ou encore dans celui de l'attribution de concessions de station essence (CJUE, 11 mars 2010, *Attanasio Group Srl c/ Comune di Carbognano*, aff. C-384/08, *Rec.* p. I-2055, pt 91).

(201) CJUE, 21 juillet 2011, *Gerhard Fuchs et Peter Köhler*, Aff. jointes C-159/10 et 169/10, *Rec.* p. I-6919, pt 85.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Conclusion

S'efforçant d'éviter de provoquer une rupture, un rejet (202), la recherche par ajustements successifs de la jurisprudence d'un « équilibre centripète » peut ainsi être comprise comme la conséquence d'une « particularité des libertés de circulation » : par rapport au droit de la concurrence qui est davantage protecteur d'une structure de marché, « les libertés de circulation installent la concurrence là où elle n'a pas encore pu se développer, voire même exister » (203) et elles luttent en principe pour ce faire contre l'action des États (204).

Quoi qu'il en soit de l'« équilibre matériel » ainsi construit – entre l'Europe qui libère et celle qui protège, entre l'Europe qui unifie et celle qui pacifie les différences – à travers ce processus se produit nécessairement un mouvement politiquement significatif et dans lequel le juge européen occupe une place essentiel. En effet, si « la libéralisation suscitée par les autorités européennes ne signifie pas nécessairement moins d'intervention de l'autorité politique, mais plutôt la substitution de l'autorité européenne aux autorités nationales » (205), on peut penser qu'il y a tout autant intervention d'une autorité politique, d'un rapport de force délié à un niveau européen, lorsque les États sont autorisés par la Cour à réguler le marché et à freiner la circulation des facteurs de production. C'est bien, dans ce cas aussi, le pouvoir européen qui conditionne l'exercice de la compétence nationale au terme d'un processus dialogique (206).

Il semble par ailleurs se dessiner, dans le discours des juges du plateau de Kirchberg, une Europe qui reste attentive à l'identité de ses États membres, mais qui se protège elle-même également en évitant de perdre, dans la dynamique fonctionnaliste du marché intérieur, son identité propre, c'est-à-dire sa qualité d'organisation d'intégration destinée

(202) En ce sens Louis Dubouis observe-t-il qu'« il est des restrictions proportionnées qui ont pour objectif de faciliter l'unité du marché et non de la rompre » (*op. cit.*, p. 190).

(203) P. Maddalon, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, p. 89 : « À cet égard, lutter contre l'entrave semble susceptible de susciter plus d'intégration que s'attaquer aux restrictions de concurrence, puisque la lutte contre l'entrave va plus souvent installer la concurrence là où elle joue encore assez peu. La Cour cherche donc à créer des marchés en identifiant des courants d'échange ».

(204) Voy. toutefois sur la question des entraves induites par le comportement d'acteurs privés : F. Picod, « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une denrée communautaire », in *Promenades au sein du droit européen. Mélanges en l'honneur de Georges Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 635-652.

(205) P. Maddalon, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, p. 83.

(206) Dans le même sens, à propos des contrats *in house*, voy. P.-Y. Monjal, *op. cit.*, pp. 743-803.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à favoriser une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens par l'effet d'un processus issu et nourri d'une volonté politique et affectant des États souverains. La discussion s'installant à l'occasion des arrêts de la Cour de justice relative au marché intérieur révèle ainsi sa portée réelle. Elle est par nature politique puisqu'elle touche à une question existentielle : celle de la nature de l'Union et à la place des États en son sein (207).

(207) P. Maddalon, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, p. 84 : « les États doivent subsister comme autorités auxiliaires d'organisation du marché européen. Toute la difficulté consiste évidemment à déterminer l'étendue et l'intensité de cette autorité. […]. Le juge est amené à dire dans quelle mesure l'État conserve un titre à organiser le marché national ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 7 - Marché intérieur et intégration économique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 8.

CONCURRENCE ET MARCHÉ PERTINENT

Philippe MADDALON

Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne

La délimitation du marché pertinent (ou marché en cause) joue un rôle en matière d'ententes restrictives de concurrence, d'abus de position dominante ou de contrôle des concentrations. C'est dans ce cadre que se situe le sujet. Nous verrons cependant en conclusion que le juge recourt également à la technique juridique du marché pertinent en dehors de ce champ de la politique de concurrence. L'affaire *United Brands* (1) est connue pour avoir exposé de manière assez pédagogique le recours à la notion de marché pertinent. Pour cette raison, nous conservons pour cette affaire la structure de présentation par la Cour :

> « Chapitre 1 – De l'existence d'une position dominante
>
> Section 1 – Du marché en cause
>
> 10 Attendu que pour apprécier si UBC détient une position dominante sur le marché des banances, il y a lieu de délimiter ce marché, tant au point de vue du produit qu'au point de vue géographique ;
>
> 11 Que les possibilités de concurrence au regard de l'article 86 du traité doivent être examinées en fonction des caractéristiques du produit en cause et par référence à une zone géographie définie dans laquelle il est commercialisé et ou les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes pour pouvoir apprécier le jeu de la puissance économique de l'entreprise intéressée ;
>
> Paragraphe 1. Le marché du produit
>
> 12 Attendu qu'en ce qui concerne le marché du produit, il y a lieu d'abord de rechercher si, comme le soutient la requérante, les bananes font partie intégrante du marché des fruits frais, parce qu'elles seraient raisonnablement interchangeables pour les consommateurs avec d'autres variétés de fruits frais, tels que les pommes, les oranges,

(1) CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/ Commission*, aff. 27/76, *Rec.* p. 207.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

le raisin, les pêches, les fraises, etc. ou si le marché en cause serait exclusivement celui de la banane (…)

(…)

30 Que ce très faible degré de substituabilité est dû aux caractéristiques spécifiques de la banane et à tous *les facteurs influençant le choix du consommateur ;*

31 Que la banane a une apparence, un goût, une consistance moelleuse, une absence de pépins, un maniement facile, un niveau permanent de production qui lui permettent de satisfaire les besoins constants d'une catégorie importante de la population composée d'enfants, de personnes âgées et de malades.

(…)

35 Qu'il s'ensuit que le marché de la banane constitue un marché suffisamment distinct de celui des autres fruits frais ;

Paragraphe 2. Le marché géographique

36 Attendu que la Commission a pris en considération comme marché géographie sur lequel il y a lieu d'examiner si UBC a la possibilité de faire obstacle à une concurrence effective, la République fédérale d'Allemagne, le Danemark, l'Irlande, les Pays-Bas et l'UEBL [que, effectivement les marchés français, britannique et italien sont administrés. La concurrence n'y joue donc pas librement].

(…)

52 qu'en revanche, les six autres États constituent des marchés entièrement libres, bien qu'assujettis à des dispositions tarifaires distinctes et à des coûts de transport nécessairement différents, mais non discriminatoires, et dans lesquels les considitions de concurrence sont similaires pour tous ;

53 que ces six États constituent, sous l'angle de la possibilité d'exercice de la libre concurrence, un tout suffisamment homogène pour être considéré globalement ».

En dépit des développements à venir, le pouvoir de délimiter le marché est d'abord un pouvoir de la Commission ; le juge le rappelle. Cependant, il lui appartient de censurer ou non l'exercice de ce pouvoir par la Commission. C'est ce pouvoir qui sera analysé.

Politiquement, le pouvoir lié au marché pertinent peut être présenté en deux temps. Il est tout d'abord l'identification d'un pouvoir

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'entreprise (I). Il permet ensuite (II) la construction et le développement d'un pouvoir du juge (et de la Commission).

I. – L'identification d'un pouvoir de l'entreprise

Pourquoi le juge, en application des règles du traité, cherche-t-il à identifier le pouvoir de l'entreprise sur le marché ? Parce que l'idéal concurrentiel recherche une forme d'égalité entre les concurrents (A). Cette recherche d'égalité constitue une première forme de choix politique. Pour autant, cet idéal semble difficile à atteindre (B).

A. – Un pouvoir trop important contredirait l'idéal égalitaire

La délimitation du marché sert à mesurer le pouvoir de l'entreprise sur ce marché. Cela ressort entre autres de la définition de la position dominante élaborée par la Cour dans l'affaire *Hoffmann La Roche c/ Commission* (2) : « La position dominante (…) concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs ».

Selon cette définition, l'entreprise en position dominante est si forte qu'elle peut ne plus beaucoup tenir compte des autres. L'égalité entre compétiteurs est alors rompue. Lorsque l'entreprise abuse de sa position dominante, il n'existe d'ailleurs plus véritablement de compétition. Rappelons à ce propos que seul l'abus de position dominante est prohibé ; la position dominante ne l'est pas.

Cette identification du marché en cause, qui sert dans cet exemple à établir la position dominante, semble d'emblée délicate parce qu'elle ne repose sur aucune catégorie formelle. Il n'existe pas de forme juridique qui permette *a priori* de repérer le marché en cause : ni la personnalité morale (ou son absence), ni un quelconque statut de l'entreprise, ni même un type de cotation en bourse. L'entreprise détient un pouvoir qui ne peut être identifié qu'au moment de l'échange économique, apprécié à l'occasion du litige.

Le marché en cause est donc dans un premier temps un moyen pour le juge de ne pas être contraint par des catégories juridiques

(2) CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann La Roche c/ Commission*, aff. 85/76, *Rec.* p. 461, pt 38.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

déterminées avant l'évaluation par le marché, lors de la rencontre entre l'offre et la demande. Quel est le sens de cette technique juridique ? Maintenir une égalité dans la compétition. Le juge dit implicitement : « je ne sais pas, avant d'étudier le marché en cause, si une entreprise est trop forte, si forte qu'elle puisse ne pas tenir compte des autres, et ainsi rompre l'égalité entre compétiteurs qui doit régir la concurrence ». Tout va dépendre de la situation économique à un moment donné, en un espace économique qu'il faut identifier, ce qui suppose aussi de connaître le nombre et la force des concurrents. Cet aspect nous intéresse particulièrement en ce qu'il marque la prétention de l'organisation marchande à un caractère apolitique. L'ordre marchand prétend n'opérer aucun choix *a priori*, donc ne favoriser politiquement, n'avantager aucune entreprise avant le moment de l'échange. De plus, ce moment de l'échange est censé faire triompher les compétiteurs les plus méritants, sans aide du pouvoir politique.

Le marché pertinent ne constitue cependant qu'un des moyens d'identification du pouvoir de l'entreprise sur le marché. L'entreprise qui conserve sa clientèle alors qu'elle pratique des prix plus élevés que la concurrence détient assurément un pouvoir. La délimitation de marché serait superflue ; la lecture des prix suffit parfois à le constater.

La délimitation du marché pertinent survient d'ailleurs systématiquement pour la position dominante, mais seulement dans un second temps pour les ententes. L'effet restrictif de concurrence (et avec lui la délimitation de marché) n'est recherché qu'à défaut d'objet restrictif. Le Tribunal rappelle le sens de la solution dans une affaire *Philips c/ Commission*. Sont en cause les puces pour cartes utilisées dans les cartes SIM, essentiellement pour les téléphones mobiles, et les cartes « non SIM » utilisées pour la banque, la sécurité et l'identification (3). Le Tribunal confirme que certains comportements sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur le prix, la quantité ou la qualité du produit, qu'il apparaît inutile de démontrer leurs effets concrets sur le marché (4).

Le marché pertinent ne fournit donc pas le seul moyen de constater l'inégalité entre les entreprises. Il offre cependant l'un des moyens privilégiés de le faire. Le marché pertinent, par ailleurs, paraît se distinguer par l'absence de sécurité juridique qu'il génère : personne ne peut prévoir quel sera le marché en cause. La délimitation d'aujourd'hui

(3) Trib. UE, 15 décembre 2016, *Philips c/ Commission*, aff. T-762/14, EU:C:2016:738, pt 3.
(4) *Ibid.*, pt 56.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

peut différer de celle d'hier comme de celle de demain. Tout dépend de l'évolution de la situation économique, ou de la prévision qui en est faite.

Deux objections doivent être retenues face à cet argument. La sécurité juridique peut résider dans la méthode (constante et donc prévisible) de la délimitation. Il peut toujours y avoir une recherche de la substituabilité du côté de l'offre comme de la demande ainsi qu'une étude de la concurrence potentielle. Pourtant, on l'a dit, cette méthode constante débouche sur des solutions difficilement prévisibles. Surtout, l'incertitude économique est préférée à la sécurité juridique. L'esprit égalitaire veut que la situation ne soit pas classée juridiquement *a priori*. Le juge ne saisit que la photographie du moment, un instant du combat concurrentiel qui doit sans cesse recommencer. De la sorte, celui qui a perdu aujourd'hui gagnera peut-être demain. Aucun individu n'a définitivement perdu : l'idéal égalitaire est sauf. La recherche de l'égalité passe avant celle de la sécurité : il s'agit là encore d'un choix politique.

B. – Les difficultés d'identification du pouvoir

Ces difficultés résultent du discours de la Commission elle-même. Dans sa communication de 1997 relative à la définition du marché en cause, elle indique qu'habituellement, elle peut se contenter, à partir des premières informations disponibles, « de déterminer grosso modo les marchés de produits possibles » (5), dans lesquels elle devra apprécier par exemple une opération de concentration ou une restriction de concurrence. Surtout, même lorsqu'une définition précise du marché s'impose, la Commission recherche l'information auprès des entreprises et des associations professionnelles du secteur. Cela lui permet de mieux connaître le point de vue des producteurs comme des consommateurs, sondés par des enquêtes d'opinion des entreprises (6). Toutefois, la Cour de Justice de l'Union européenne comme la Commission ne peuvent travailler qu'à partir de l'information disponible (7). C'est une première difficulté d'identification du pouvoir de l'entreprise. L'absence d'information empêche de constater le pouvoir de l'entreprise C'est surtout une contradiction au regard de la volonté de s'attacher aux effets économiques. La délimitation du marché pertinent consiste,

(5) Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *JOCE* n° 372, 9 décembre 1997, p. 3, spéc. pt 26.

(6) *Ibid.*, pts 33 à 41.

(7) *Ibid.*, pt 39.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

on l'a dit, à mesurer les effets restrictifs de concurrence. Se fonder sur les effets devrait avoir pour vertu de rechercher une « réalité économique ». Le marché pertinent serait une technique juridique qui dépasse le formalisme des catégories juridiques traditionnelles pour s'appuyer sur la réalité des échanges économiques, lui conférant ainsi une objectivité dont le droit formel serait habituellement dépourvu. On voit pourtant ici que le marché pertinent est une fiction juridique comme une autre, une approximation résultant d'un choix de la Commission avalisé par le juge. Par exemple, dans l'affaire *Ryanair c/ Commission* relative au marché du transport aérien, le Tribunal relève que « la Commission a analysé de manière détaillée quel était le marché en cause sur chacune des liaisons concernées (…). Pour chaque cas où elle a constaté une substituabilité, la Commission a appliqué plusieurs critères en *considération des informations disponibles* » (8).

Le marché pertinent illustre peut-être même une fiction juridique moins convaincante encore que les fictions juridiques traditionnelles, pour deux motifs liés. La fiction de la délimitation du marché en cause n'est pas présentée comme telle : elle est censée rendre compte objectivement d'une « réalité économique », constituer un pragmatisme d'adaptation au cas. En outre, parce qu'elle n'est pas présentée comme une fiction, elle n'est pas débattue démocratiquement. Elle ne dépend que du pouvoir de la Commission, sous le contrôle du juge.

Ces difficultés d'identification du pouvoir de l'entreprise apparaissent aussi dans la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire, *Groupement des cartes bancaires c/ Commission* de 2014, le requérant est un groupement d'intérêt économique de droit français. Il a été créé en 1984 par les principaux établissements bancaires français, afin de réaliser l'interopérabilité des systèmes de paiement et de retrait par cartes bancaires (ci-après les « CB ») émises par ses membres. Cette interopérabilité permet, en pratique, qu'une CB émise par un membre du Groupement soit utilisée pour effectuer des paiements auprès de tous les commerçants affiliés au système CB par l'intermédiaire de n'importe quel autre membre du Groupement, ou des retraits dans les distributeurs automatiques de billets (DAB) exploités par tous les autres membres. Les membres du Groupement, dont le nombre s'élevait à 148 à la date du 29 juin 2007, sont soit des établissements dits « chefs de file », soit des établissements rattachés à l'un des chefs de file. En vertu du contrat

(8) Trib. UE, 6 juillet 2010, *Ryanair c/ Commission*, aff. T-342/07, *Rec.* p. II-3457, pt 104. Souligné par nous.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

constitutif du Groupement, BNP Paribas, BPCE et Société Générale SA (ci-après « Société Générale ») sont au nombre des onze chefs de file (9).

La CJUE censure et renvoie pour un nouvel arrêt du Tribunal, en 2016 (T-491/07 RENV). La requérante conteste les effets anticoncurrentiels avancés par la Commission. Cela inclut la délimitation du marché. Comment le Tribunal conçoit-il son rôle lors d'un tel recours en annulation d'une décision d'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, relatif aux ententes restrictives de concurrence ? « (…) Le Tribunal ne saurait s'appuyer sur la marge d'appréciation dont dispose la Commission en vertu du rôle qui lui est assigné en matière de politique de la concurrence par les traités UE et FUE pour renoncer à exercer un contrôle approfondi tant de droit que de fait (voir arrêt du 11 septembre 2014, CB/Commission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 45 et jurisprudence citée). En particulier, s'il est vrai que la Commission dispose, en vertu de ce rôle, d'une marge d'appréciation en matière économique, notamment dans le cadre d'appréciations économiques complexes, cela n'implique pas que le Tribunal doive s'abstenir de contrôler la qualification juridique, par la Commission, de données de nature économique. En effet, bien qu'il n'appartienne pas à ce dernier de substituer sa propre appréciation économique à celle de la Commission, laquelle en a la compétence institutionnelle, il ressort d'une jurisprudence désormais bien établie que le juge de l'Union doit, notamment, non seulement vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées » (10).

Plusieurs enseignements se dégagent de cet extrait :

Le juge a conscience de la difficulté : se contenter de prétendre à l'« appréciation économique complexe » ne suffit pas. Elle est complexe, c'est vrai (comment connaître le comportement actuel et futur de millions de consommateurs et de nombreux producteurs, ainsi que l'évolution du marché ?). Mais cette complexité n'est pas seulement subie ; elle est aussi voulue. Recourir au marché pertinent, c'est se priver volontairement d'une catégorisation juridique *a priori*. La réalité non simplifiée apparaît alors.

(9) CJUE, 11 septembre 2014, *Groupement des cartes bancaires c/ Commission*, aff. C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pt 3.

(10) Trib. UE, 30 juin 2016, *Groupement des cartes bancaires c/ Commission*, aff. T-491/07 RENV, EU:T:2016:376, pts 159 et 160.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans ce contexte, que penser de la mission impartie au juge, notamment celle consistant à rechercher si « les éléments [invoqués] constituent l'ensemble des données pertinentes » ? Ce type d'exigence a au moins un mérite : il permet de vérifier la cohérence interne du raisonnement de la Commission. En d'autres termes, la Commission s'est-elle servie de toutes les informations économiques disponibles pour apprécier la licéité de l'entente ? Pour le reste, le même problème demeure : « comment vérifier si toutes les informations pertinentes sont utilisées ? » ne garantit pas plus une photographie de la réalité que déterminer « comment disposer de toutes les informations ? ».

Un troisième et dernier élément concourt à l'approximation dans la recherche du pouvoir de l'entreprise : le pouvoir s'exerce plus clairement sur un territoire politique que sur un espace économique, tout simplement parce que dans le premier cas l'autorité sait où et sur qui elle doit exercer le pouvoir. Or, le marché pertinent correspond à un espace économique. C'est particulièrement net pour le second temps de la délimitation, décrite en introduction : le marché géographique. Le marché géographique a précisément ceci de particulier qu'il décrit un espace économique et non un territoire politique. L'affaire *Port de Gênes* est souvent citée pour illustrer cette démarche. Le contexte de l'affaire est le suivant : un litige oppose « Corsica Ferries » à la corporation des pilotes du port de Gênes, à propos du remboursement à Corsica Ferries d'une partie des tarifs qu'elle a acquittés pour les services de pilotage dans le port de Gênes. Cela amène la Cour à délimiter le marché pertinent : « Le marché en cause est celui des services de pilotage dans le port de Gênes. Compte tenu, notamment, du volume du trafic dans ce port et de l'importance que revêt ce dernier au regard de l'ensemble des activités d'importation et d'exportation maritimes dans l'État membre concerné, ce marché peut être considéré comme constituant une partie substantielle du marché commun (voir arrêt Merci convenzionali porto di Genova, C-179/90, point 15) » (11).

C'est donc bien le volume des échanges économiques, et non la superficie d'un territoire politique, qui permet d'identifier le pouvoir de l'entreprise. Cet espace est nécessairement instable. Il est appelé à varier au gré des changements d'échanges économiques : le transport par bateau va-t-il se développer ou pas ? Le port de Gênes va-t-il ou non maintenir son importance par rapport aux autres ports européens ? On

(11) CJCE, 17 mai 1994, *Corsica Ferries c/ Corpo dei piloti del porto di Genova*, (Port de Gênes), aff. C-18/93, *Rec.* p. I-1783, pt 41.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'a dit, le recours à la nature instantanée du marché pertinent est voulu. Mais si l'entreprise n'est scrutée qu'au moment du litige, elle peut très vite sortir du cadre de la photo et ainsi exercer son pouvoir à l'abri de la lumière. L'emprise limitée des règles générales posées *a priori*, évoquée plus haut, favorise la faiblesse du contrôle permanent.

Il n'est donc pas certain que, hors le moment du contentieux, le pouvoir de l'entreprise soit maîtrisé. C'est un choix politique du juge que de ne pas le maîtriser.

II. – La construction d'un pouvoir du juge

Par le recours à la délimitation du marché, le juge construit son propre pouvoir. Il prend du pouvoir face aux autres institutions (A). Le marché pertinent conditionne en partie l'exercice de certaines de ses autres compétences (B).

A. – Le pouvoir du juge au détriment d'autres institutions

D'une part, la délimitation du marché est une démarche du juge (et de la Commission) : les rédacteurs des traités ne fournissent pas de méthode à ce propos. La Cour de Justice de l'Union européenne se trouve donc fort peu contrainte dans sa manière d'appliquer les articles 101 et 102 TFUE sur ce point.

D'autre part, la délimitation du marché pertinent est un pouvoir du juge face au législateur. L'affaire *Deutsche Bahn c/ Commission* le prouve *a contrario*. La requérante fait remarquer que les compagnies aériennes opérant en Allemagne [sont] totalement exonérées des droits d'accises généraux sur les huiles minérales en vertu de la législation allemande, qui transpose sur ce point une directive européenne. En revanche, les exploitants de trains à grande vitesse n'en bénéficient pas. Elle soutient que les compagnies aériennes et les exploitants de trains à grande vitesse se trouvent *actuellement* [la situation économique aurait changé] dans un rapport de forte concurrence et que, par voie de conséquence, l'exonération en cause aboutit non pas à réaliser le marché intérieur mais, au contraire, à fausser fortement le jeu de la concurrence (12). La Commission considère au contraire que l'exonération fiscale ne constitue pas une aide.

(12) TPICE, 5 avril 2006, *Deutsche Bahn c/ Commission*, aff. T-351/02, *Rec.* p. II-1047, pts 107 et 85.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Que répond la Cour ? « À supposer que la requérante invoque à juste titre l'existence, depuis l'adoption de la directive 92/81, d'un nouveau rapport de concurrence entre le transport aérien et ferroviaire, il ne s'ensuit pas que l'article 8, paragraphe 1, sous b), de la directive 92/81 soit devenu illégal. C'était au législateur communautaire, qui dispose, dans l'exercice de son pouvoir, d'une large marge d'appréciation, qu'il appartenait d'évaluer la situation et, le cas échéant, de décider de l'opportunité de modifier les dispositions en vigueur » (13).

Ce dernier point importe particulièrement. Il indique une situation strictement contraire à la méthode du marché pertinent. Le législateur européen a prévu une législation fiscale spécifique pour le transport aérien, à une époque où le train et l'avion n'entraient pas en compétition. Avec le train à grande vitesse, le train est devenu compétitif sur certaines distances face à l'avion. Ils font désormais (peut-être) partie du même marché. Mais, aussi longtemps que le législateur ne tient pas compte de cette évolution économique, le juge ne peut rien faire. Il peut seulement prendre acte de l'absence de législation nouvelle adaptée.

La délimitation du marché pertinent, au contraire, nécessite l'adaptation constante à la situation économique. Cela présente l'avantage pour le juge de le faire échapper à un réel encadrement par le législateur. Avec le marché pertinent, on l'a dit, la situation d'espèce constatée au contentieux compte beaucoup plus qu'une règle générale législative (même s'il existe des encadrements législatifs en matière de concurrence).

La délimitation du marché constitue enfin un pouvoir du juge face à l'État. En ce sens, elle apparaît comme un choix plus souvent offert au juge supranational. Elle existe ainsi plus systématiquement devant la Cour de Justice de l'Union européenne que devant l'ORD de l'OMC, une juridiction moins intégrée. À proprement parler, et même si les négociations du cycle de Doha l'avaient envisagé, la concurrence ne fait pas partie des domaines de compétence de l'OMC. C'est déjà un premier indice : la concurrence, notamment la délimitation de marché, ne peut être organisée que par des institutions supranationales. Il faut en effet des pouvoirs d'enquête et d'informations considérables, contraignant les États, pour organiser ce marché. Le juge OMC ne dispose pas de tels pouvoirs ; la Commission oui, et le juge européen en bénéficie pour établir ses solutions.

Plus encore, le droit de l'OMC, en matière de services, empêche clairement un raisonnement similaire à celui du marché pertinent (ce

(13) *Ibid.*, pt 112.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

qui suit ne pourrait être dit de la notion de produits similaires au sens de l'article III du GATT, et donc des marchandises, où la logique se rapproche de celle de la Cour de Justice de l'Union européenne).

Dans le droit des services de l'OMC, les engagements étatiques constituent des catégories juridiques préétablies dans lesquelles les échanges économiques doivent être classés. En droit de la concurrence, c'est l'inverse : la réalité des échanges économiques dicte les catégories juridiques et s'émancipe par rapport aux engagements étatiques. Un exemple aide à exposer la logique du droit OMC des services. Dans le différend *États-Unis – Jeux et paris*, l'Organe d'appel constate que les obligations d'un membre concernant un service particulier dépendent des engagements spécifiques de libéralisation qu'il a pris par rapport au secteur dont relève ce service. Un service spécifique ne peut pas relever de deux secteurs. Dans le contexte de la liste des États-Unis en cause en l'espèce, cela signifie que, même si les intitulés de secteurs sont généraux (services récréatifs, services sportifs, services de spectacle), les services de jeux et paris peuvent seulement relever d'une de ces catégories de services (14). Il revient donc bien à chaque activité économique d'entrer dans l'une des catégories fixées préalablement par les engagements étatiques.

En droit des services de l'OMC, le juge est contraint par l'engagement étatique. En droit européen de la concurrence, il n'existe pas de catégorisation juridique étatique *a priori*. Ce sont la Commission et le juge qui délimitent, qui catégorisent au cas par cas, au moment de la survenance du litige. Le pouvoir de catégoriser, essentiel en droit, n'appartient donc pas à la même institution dans les deux cas.

B. – Un pouvoir qui en commande d'autres

La Cour de Justice de l'Union européenne contrôle la délimitation du marché opérée par la Commission. L'exercice de ce pouvoir en conditionne partiellement plusieurs autres.

Tout d'abord, la délimitation du marché dicte en partie le montant d'une éventuelle amende. C'est le cas dans l'affaire *Bolloré c/ Commission*, relative à une entente sur le secteur du papier autocopiant. Pour déterminer le montant de départ de l'amende en fonction de la gravité de l'infraction, la Commission a classé les entreprises

(14) Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Jeux et paris*, 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, pt 180.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

concernées en cinq catégories selon leur importance relative sur le marché en cause (considérants 406 à 409). Une des requérantes conteste cette méthode de raisonnement, mais le juge l'approuve (15).

Il confronte ainsi les prétentions des parties : « [Une des requérantes] fait valoir qu'il n'apparaît pas que la Commission ait tenu compte de son chiffre d'affaires sur le marché en cause. En effet, la Commission aurait classé les entreprises concernées dans différentes catégories selon leurs parts sur le marché visé. Or le recours aux parts de marché pour opérer une distinction entre les entreprises impliquées dans une infraction n'emporterait pas automatiquement le respect du principe de proportionnalité. En se fondant exclusivement sur les parts de marché, la Commission ne tiendrait compte que des différences relatives du chiffre d'affaires et non du niveau absolu du chiffre d'affaires sur le marché du produit concerné ». Il ajoute qu' « il y a lieu de rappeler d'abord que la gravité des infractions doit être établie en fonction de nombreux éléments tels que, notamment, les circonstances particulières de l'affaire, son contexte et la portée dissuasive des amendes, et ce sans qu'ait été établie une liste contraignante ou exhaustive de critères devant être pris en compte (voir arrêt HFB e.a./Commission, point 87 supra, point 443, et la jurisprudence citée). Par ailleurs, le seul fait que la Commission, dans ce contexte, ne s'est pas exclusivement fondée sur le chiffre d'affaires sur le marché pertinent de chacune des entreprises, mais a pris en considération d'autres facteurs relatifs à l'importance des entreprises sur ce marché, ne saurait conduire à la conclusion que la Commission aurait imposé une amende disproportionnée. En effet, il ressort de la jurisprudence qu'il ne faut attribuer ni au chiffre d'affaires global d'une entreprise ni au chiffre qui provient des produits faisant l'objet de l'infraction une importance disproportionnée par rapport aux autres éléments d'appréciation » (16).

Le juge conclut ainsi au rejet du grief de la requérante. L'approximation dans la délimitation du marché, signalée précédemment, n'empêche donc pas d'en faire l'un des fondements du montant de l'amende. C'est dire la latitude, le pouvoir que se donne ici le juge, à la suite de la Commission.

Ensuite, le marché pertinent détermine souvent la légalité du comportement. Très simplement, plus le marché est « petit », plus la

(15) TPICE, 26 avril 2007, *Bolloré c/ Commission*, aff. T-109/02, *Rec.* p. II-947, pt 19.
(16) *Ibid.*, pts 480 à 482.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

position dominante est facile à établir. C'est d'ailleurs régulièrement le sens de l'opposition entre les parties : la Commission identifie un marché restreint dans lequel l'entreprise domine ; l'entreprise prétend être « noyée » dans un marché immense car composé d'une multitude de produits similaires. L'affaire *United Brands c/ Commission*, décrite en introduction, illustre cette opposition.

Dans le même ordre d'idées, la légalité de l'échange d'information entre entreprises dépend beaucoup du marché pertinent. C'est ce que rappelle le Tribunal de première instance dans l'affaire *Lafarge c/ Commission* :

« S'agissant de la légalité de l'échange d'informations, il ressort de la jurisprudence que, sur un marché véritablement concurrentiel, la circonstance qu'un opérateur économique tienne compte des informations sur le fonctionnement du marché, dont il dispose grâce au système d'échange d'informations, pour adapter son comportement sur le marché n'est pas de nature, compte tenu du caractère atomisé de l'offre, à atténuer ou à supprimer, pour les autres opérateurs économiques, toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements de ses concurrents. Toutefois, sur un marché oligopolistique fortement concentré, l'échange d'informations sur le marché est de nature à permettre aux entreprises de connaître les positions sur le marché et la stratégie commerciale de leurs concurrents et ainsi à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques.

(…)

En l'espèce, le marché des plaques en plâtre était oligopolistique, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par la requérante. Il convient donc de vérifier si, compte tenu de cette caractéristique du marché, les échanges d'informations atténuaient ou supprimaient le degré d'incertitude des entreprises concernées sur le fonctionnement du marché en cause et restreignaient ainsi la concurrence sur ledit marché » (17).

Conclusion

La technique du marché pertinent est également présente en droit européen en dehors du droit de la concurrence. C'est donc une

(17) TPICE, 8 juillet 2008, *Lafarge c/ Commission*, aff. T-54/03, *Rec.* p. II-120, pts 258 et 260.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

technique transversale, qui informe globalement sur la manière de faire du droit du juge européen.

Par exemple, dans l'affaire *Cofaz* (18), le marché en cause détermine assez explicitement la recevabilité à agir en annulation pour un requérant ordinaire. Le marché pertinent devient un élément du contentieux et non plus seulement du droit matériel de la concurrence.

Les requérantes ont déposé une plainte auprès de la Commission au sujet du système tarifaire préférentiel dont bénéficiaient les producteurs néerlandais d'engrais azotés. Dans leur plainte, elles ont tout particulièrement mis l'accent sur leur situation concurrentielle par rapport aux trois producteurs néerlandais et sur le préjudice subi par l'aide. En outre, les requérantes ont suivi l'invitation de la Commission à lui présenter leurs observations en vertu de l'article 108, paragraphe 2 TFUE.

Les requérantes ont fait valoir qu'elles se trouveraient dans un rapport direct de concurrence avec les trois producteurs néerlandais d'engrais azotés qui auraient, dans les années 1978 à 1982, plus que triplé leurs exportations d'engrais azotés en France et qui auraient augmenté leur part du marché français entre 1980 à 1982, celle-ci passant de 9 à 21,7 %.

Face à ces observations, la Cour répond qu'il ne lui appartient pas « au stade de l'examen de la recevabilité, de se prononcer de façon définitive sur les rapports de concurrence entre les requérantes et les entreprises néerlandaises. Il suffit de constater que les requérantes ont indiqué de façon pertinente les raisons pour lesquelles la décision de la Commission est susceptible de léser leurs intérêts légitimes en affectant substantiellement leur position sur le marché en cause » (19). Le raisonnement suivi apparaît bien de même nature pour la recevabilité à agir en annulation que pour le droit européen de la concurrence. La décision *Timex* suit un raisonnement similaire en matière de procédure antidumping (20).

Si l'on revient vers des utilisations plus attachées à un domaine du droit européen, il faut constater aussi que le marché pertinent ne joue pas seulement un rôle en droit européen de la concurrence. Dans l'arrêt *Familiapress*, le marché en cause aide à trancher entre la liberté d'expression et la libre circulation des marchandises : « Il convient (…)

(18) CJCE, 9 juillet 1986, *Cofaz c/ Commission*, aff. 19/84, *Rec.* p. 2281.
(19) *Ibid.*, pts 26 à 28.
(20) CJCE, 20 mars 1985 *Timex c/ Commission*, aff. 264/82, *Rec.* p. 849, pts 12 à 17.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de vérifier si une interdiction nationale telle que celle en cause dans le litige au principal est proportionnée au maintien du pluralisme de la presse et si cet objectif ne peut pas être atteint par des mesures moins restrictives tant pour les échanges intracommunautaires que pour la liberté d'expression. À cette fin, il importe de déterminer, d'une part, si les journaux qui offrent, au travers de jeux, d'énigmes ou de concours, la possibilité de gagner un prix sont en concurrence avec les petites entreprises de presse, supposées être dans l'incapacité d'offrir des primes comparables et que la législation litigieuse a pour objet de protéger, et, d'autre part, si une telle perspective de gain constitue une incitation à l'achat susceptible de provoquer un déplacement de la demande. C'est à la juridiction nationale qu'il incombe d'apprécier si ces conditions sont remplies sur la base d'un examen du marché autrichien de la presse. *Dans le cadre de cet examen, elle veillera à délimiter le marché du produit en cause et à prendre en considération les parts de marché détenues par chaque éditeur ou groupe de presse et leur évolution* (21). De plus, en fonction de tous les éléments susceptibles d'influencer la décision d'achat, tels que la présence ou non d'une publicité en première page soulignant la possibilité de gagner un prix, la probabilité du gain, le montant du prix, la liaison ou non du gain à la réussite d'une épreuve requérant un certain degré d'ingéniosité, d'adresse ou de connaissances, la juridiction nationale mesurera également le degré de substitution possible aux yeux du consommateur du produit concerné aux journaux qui n'offrent pas la possibilité de gagner un prix » (22).

La Cour de justice des Communautés européennes ne délimite donc pas elle-même le marché, mais elle demande au juge national de le faire. Cela peut effectivement apparaître plus adapté à la nature du renvoi préjudiciel utilisé en l'espèce. C'est néanmoins aussi un moyen d'étendre la technique du marché pertinent au sein d'un ordre juridique européen intégré, en faisant participer le juge national.

L'affaire *Commission c/ Belgique* du 25 mai 2000 relative à la qualité des eaux de baignade indique en quoi la protection de l'environnement répond aussi à la préoccupation concurrentielle du marché pertinent. Selon la directive 76/160/CEE, les « eaux de baignade » sont celles où « la baignade n'est pas interdite et est habituellement pratiquée par un nombre important de baigneurs » (article 1er, paragraphe 2). La Belgique ne retient dans sa transposition que le nombre important de

(21) C'est nous qui soulignons.
(22) pts 27 à 31 de l'arrêt.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

baigneurs. Elle en déduit que « des éléments tels qu'une faible profondeur des eaux, l'inexistence d'infrastructures, la pratique du kayak ou les conditions climatiques défavorables seraient pertinents [on retrouve le mot] pour déterminer si la pratique de la baignade est faible ou inexistante et si, par conséquent, [ces] zones doivent être considérées comme des zones de baignade au sens de la directive » (23). La Cour s'appuyant sur les deux premiers considérants de la directive, rétorque que ce texte a deux objectifs ; la protection de l'environnement et de la santé publique, le bon fonctionnement du marché commun. Elle rejoint la Belgique, notamment sur le critère des infrastructures. Elle argumente ici pour relever que plusieurs campings comportent des installations sanitaires, donc des infrastructures. La zone protégée de la pollution concerne ainsi en réalité un espace économique proche des terrains de camping. On peut objecter que la protection est prioritaire là où il y a beaucoup de campeurs, donc beaucoup de baigneurs. C'est cependant supposer que les baigneurs ne se rendent que dans des lieux économiquement exploités. C'est surtout dire que la santé publique vaut moins par elle-même que comme corollaire du bon fonctionnement du marché commun.

La Cour affirme ensuite qu' « il ne saurait être exclu qu'une faible profondeur des eaux constitue un attrait pour des groupes de population spécifiques, tels que les personnes âgées et les enfants » (24). On retrouve là une formulation proche de celle de l'affaire *United Brands*, dans sa préoccupation à l'égard des personnes les plus jeunes et les plus âgées. Une fois encore, il existe une logique incontestable à ne protéger comme eaux de baignade que les eaux recevant le plus habituellement des baigneurs. Cependant, la méthode de raisonnement s'appuie, ici comme dans l'affaire *United Brands*, sur une logique de flux caractéristique de la concurrence et du marché. Le produit en cause consiste dans une eau recevant des flux réguliers de baigneurs. Comme en droit de la concurrence, la détermination du produit dicte la délimitation de la zone géographique. Elle identifie les flux importants et permanents de baigneurs. En quelque sorte, elle délimite le « baigneur en cause ».

C'est précisément le sens d'une organisation marchande. Comme le remarque Alain Caillé, « Il est toujours possible de poser qu'il y a marché lorsque se confrontent une offre et une demande (…). Mais si l'échange est purement occasionnel ou épisodique, il ne s'agira là que

(23) CJCE, 25 mai 2000, *Commission c/ Belgique*, aff. C-307/98, pts 24 et 25.
(24) *Ibid.*, pt 34.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de ce que Marx qualifie de forme simple et accidentelle de la valeur. Il semble qu'il ne soit légitime de parler de marché qu'au-delà de cette forme accidentelle, qu'en présence d'une certaine systématicité des échanges et de la constitution d'une masse différenciée d'offreurs confrontée à une masse également différenciée de demandeurs » (25).

C'est bien cette systématicité des échanges que cherche à identifier le marché pertinent. Sa délimitation figure ainsi un type de choix politique récurrent de la Cour de justice de l'Union européenne. Il dépasse le strict cadre de la politique de concurrence.

(25) A. Caillé, *Splendeurs et misères des sciences sociales : esquisse d'une mythologie*, Genève, Librairie Droz, 1986, pp. 178-179.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 8 - Concurrence et marché pertinent
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 9.

LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT

Anémone Cartier-Bresson

Professeur de droit public à l'Université Paris Descartes

Si la dimension politique du droit des aides d'État est évidente, l'identification du rôle politique de la Cour de justice dans ce domaine l'est moins. En la matière, les choix politiques sont avant tout le fait de la Commission européenne. À travers sa pratique décisionnelle, elle opère des arbitrages entre des finalités concurrentielles et des finalités d'intérêt général, appréciées à l'échelle de l'Union européenne (1). Elle veille aussi à préserver un équilibre entre des impératifs concurrentiels et la nécessité de faire accepter cette discipline par les États pour sa mise en œuvre efficace (2). De plus en plus, la Commission définit également ces équilibres *a priori*, dans des textes de *soft law* (encadrements, lignes directrices, etc.) ou des règlements adoptés sur habilitation du Conseil (règlements *de minimis* ; règlements d'exemption). Si la progression spectaculaire des exemptions ces dernières années a allégé les contraintes procédurales pesant sur les États (3), elle permet aussi à la Commission d'orienter leurs politiques dans des domaines de plus en plus nombreux, relevant de compétences partagées (comme le développement durable) ou simplement coordonnées (telles que la politique industrielle). De son côté, la Cour affiche un certain retrait vis à vis des appréciations économiques complexes que la Commission peut mener dans le contrôle de la compatibilité des aides (4).

(1) CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris*, aff. 730/79, *Rec.* p. 2671 ; CJCE, 24 février 1987, *Deufil c/ Commission*, aff. 310/85, *Rec.* p. 901, pt 18.

(2) M. Blauberger, « State aid control from a political science perspective », *Research Hand book on European Stade Aid Law*, E. Szyszczk, (ed), Edward Elgar 2011, p. 28.

(3) Dans un communiqué de presse relatif au règlement général d'exemption par catégorie de 2014, la Commission estime « qu'environ les 3/4 des mesures d'aide d'État octroyées aujourd'hui et les 2/3 du montant total des aides seront exemptés en application du RGEC révisé » (IP/587/2014).

(4) La Cour rappelle régulièrement que son « contrôle juridictionnel appliqué à l'exercice de ce pouvoir d'appréciation se limite à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation ainsi qu'au contrôle de l'exactitude matérielle des faits retenus et de l'absence d'erreur de droit, d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits ou de détournement de pouvoir »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La Cour de justice n'en opère pas moins des choix que l'on peut qualifier de politiques (5) à travers la manière dont elle façonne les contours et les règles de mise en œuvre du droit des aides d'État, en fonction du rôle qu'elle assigne à ces règles. Il est révélateur à cet égard que les finalités du droit des aides d'État soient régulièrement questionnées, davantage que celles que d'autres règles de concurrence, voire du droit du marché intérieur. En témoignent de récurrents débats sur la question de savoir si la politique des aides d'État est véritablement une politique de concurrence, ou si elle ne tend pas plus largement à encadrer les interventions unilatérales des États, ainsi qu'à protéger les concurrents des bénéficiaires d'aides dans une optique de consolidation du marché intérieur (6).

Les choix opérés à cet égard par la Cour ont régulièrement été mis en évidence par la doctrine et par des avocats généraux, à travers diverses périodisations de sa jurisprudence en matière d'aides d'État (souvent reliées à l'évolution plus générale de sa jurisprudence relative au marché intérieur et au droit de la concurrence) (7). Il est évident que l'approche du droit des aides d'État adoptée par la Cour de justice a évolué et continue d'évoluer avec la construction européenne. Globalement, la Cour a plutôt choisi de suivre les orientations libérales impulsées par la Commission jusqu'à la fin des années 1990, et notamment une expansion de la notion d'aide d'État. Sur la période étudiée (depuis le début des années 2000), ses choix se sont davantage exprimés en opposition à la Commission (8).

Sans prétendre à l'exhaustivité, il s'agit de revenir sur les enjeux politiques de certains choix opérés ces dernières par la Cour, en observant les révélateurs juridiques de ses choix politiques. Certes, la Cour n'affirme pas des orientations politiques en matière d'aides d'État, et veille à se placer sur le terrain du raisonnement juridique. Mais en choisissant entre plusieurs raisonnements possibles, entre plusieurs interprétations, elle précise les fonctions qu'elle assigne au droit des aides d'État.

(voy. par ex. CJCE, 26 septembre 2002, *Espagne c/ Commission*, aff. C-351/98, *Rec.* p. I-8031, pt 74).

(5) Voy. dans cet ouvrage les contributions de L. Clément-Wilz et d'A. Vauchez.

(6) Voy. par ex. à ce propos J. Temple Lang, « EU State Aid Rules –The Need for Substantive Reform », *EStAL* 3/2014, p. 441 ; S. Martin et C. Strassel, « La politique communautaire des aides d'État est-elle une politique de concurrence ? », *Concurrences*, n° 3-2005, p. 52.

(7) Voy. J. Piernas Lopez, « The Evolving Nature on the Notion of Aid under EU Law », *EStaL* 3/2016, p. 400.

(8) *Ibid.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Les révélateurs des enjeux politiques des choix de la Cour de justice sont très divers, et non spécifiques au droit des aides d'État. Comme dans d'autres domaines, il peut notamment s'agir de la manière dont la Cour formule des positions de principe, d'autant plus lorsque sont en présence des thèses opposées (avec la Commission, le Tribunal, l'avocat général…), ou encore d'indices procéduraux de la sensibilité d'une affaire (par exemple le nombre d'États intervenants). Moins aisés à déceler, certains choix politiques peuvent aussi passer par l'inflexion des raisonnements habituels de la Cour dans des contextes sensibles, ce qui n'est pas propre au droit des aides d'État, mais assez récurrent en la matière.

L'un des principaux enjeux politiques de la jurisprudence de la Cour en matière d'aides d'État tient à la marge de manœuvre qu'elle juge opportun de laisser aux États dans la mise en œuvre de leurs politiques. Cette latitude est largement conditionnée par la notion d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, qui emporte la soumission d'une grande diversité d'interventions publiques au contrôle de la Commission, et dont la Cour n'a cessé de remodeler les contours (9). C'est sur cette question que l'on se concentrera, sans ignorer que des enjeux politiques peuvent aussi être sous-jacents à sa jurisprudence concernant la compatibilité des aides, leur récupération (10), ou des questions contentieuses (11).

(9) Parmi les nombreuses études relatives à la notion d'aide d'Etat, voy. par exemple A. Biondi, « State Aid is falling down, falling down : An analysis of the case law on the notion of Aid », *Common Market Law review*, 2013, vol. 50, n° 6, p. 1719 ; E. Dubout, « La notion d'aide d'Etat au prisme de la recherche de neutralité concurrentielle », *ADUE*, 2015, p. 13 ; J. Piernas Lopez, « The Evolving Nature on the Notion of Aid under EU Law », *EStaL* 3/2016, p. 400.

(10) La Cour a notamment précisé dans l'arrêt *CELF* du 12 février 2008 (aff. C-199/06, *Rec.* p. I-469) que le juge national n'est pas tenu d'ordonner la récupération d'aides illégales mais déclarées compatibles par la Commission. Ce faisant la Cour a opportunément rappelé que le droit des aides d'États ne limite les interventions étatiques que dans la mesure où la concurrence est menacée.

(11) Par exemple, confirmant la rigueur du traitement accordé aux bénéficiaires d'aides illégales et incompatibles, la Cour refuse presque toujours d'octroyer un sursis à exécution des décisions de récupération de la Commission. La Cour et le Tribunal partent du principe qu'il n'y a pas d'urgence tant que les autorités nationales n'ont pas commencé à exécuter la décision (ce qui est paradoxal quand la demande de sursis émane de ces autorités nationales, voy. par ex. CJUE, 29 août 2013, *SNCM*, aff. C-574/13 P(R), EU:C:2013:36), et font systématiquement prévaloir la nécessité de garantir respect du droit des aides d'Etat dans la mise en balance des intérêts (Trib. UE, 4 avril 2002, *Technische Glaswerke Ilmenau c/ Commission*, aff. T-198/01 R, *Rec.* p. II-2717, pt 113), sauf cas exceptionnels. Dans le contexte de la crise grecque, le Tribunal a accordé le sursis à exécution d'une décision de récupération d'aides au secteur agricole en relevant notamment que « s'agissant du risque d'une perturbation de l'ordre public en cas de récupération immédiate des paiements litigieux auprès du secteur agricole grec, il est constant que le climat social en Grèce est actuellement marqué par une détérioration de la confiance à l'égard des pouvoirs publics, par un mécontentement généralisé et par un sentiment d'injustice. En particulier, ainsi que la République hellénique l'a exposé sans être contredite

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La Cour de justice fait preuve d'ambivalence lorsqu'il s'agit de délimiter le champ d'application du droit des aides d'État. Elle oscille entre une volonté globale de préserver une sphère d'autonomie pour les États et une propension épisodique à contrôler certaines interventions au-delà de ce qu'impliquent les critères de l'aide. D'une manière générale, les orientations affirmées de sa jurisprudence ces dernières années sont plutôt allées dans le sens d'un recentrage de la notion d'aide d'État (I). Cette tendance est ponctuellement contredite par une extension insidieuse des critères de l'aide, souvent liée aux enjeux spécifiques de certaines affaires. Des ajustements inavoués de la notion d'aide tendent à revenir sur la marge de manoeuvre officiellement reconnue aux États par la Cour (II).

I. – Le recentrage affirmé de la notion d'aide d'état

Depuis une quinzaine d'années, la jurisprudence de le Cour traduit une volonté de contenir une expansion démesurée du champ des aides État impulsée par la Commission. La Cour a été d'autant plus encline à le faire que certaines solutions allaient dans le sens de valeurs extra-économiques dont la place a été accrue par le traité Lisbonne (telles que le service d'intérêt économique général, l'identité constitutionnelle des États, etc.). Certes, la préservation des compétences des États ne passe pas forcément par la mise en avant de telles valeurs. La Cour a parfois limité l'emprise du droit des aides d'État en rappelant que ces règles visent à préserver la concurrence, alors que la Commission tendait à y voir plus largement un moyen d'encadrer les interventions économiques des États (12). Mais les orientations les plus marquantes de sa jurisprudence depuis une quinzaine d'années sont passées par un cantonnement de la dimension étatique de l'aide (A), ainsi que par une limitation de la notion d'avantage (B), dans des contextes généralement teintés de finalités extra-concurrentielles. En tempérant ainsi l'image libérale et expansionniste du droit des aides d'État, la Cour a pu

par la Commission, les manifestations violentes contre les mesures d'austérité draconiennes prises par les pouvoirs publics grecs sont en constante augmentation. À l'audition, la République hellénique a encore rappelé la nette progression de certains partis d'extrême droite et d'extrême gauche lors des dernières élections législatives en Grèce » (TUE, 19 septembre 2012, aff. T-52/12 R, EU:T:2012:677, pt 48) ».

(12) Avec par exemple l'affirmation d'un contrôle (certes peu exigeant) de l'obligation de motivation de la Commission au regard du critère de distorsion de concurrence (CJCE, 19 octobre 2000, *Italie c/ Commission*, aff. jtes C-15/98 et C-105/99, *Rec.* p. I-8855, pt 66).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

contribuer à une meilleure acceptation de ces règles, dont la légitimité est régulièrement questionnée.

A. – Le cantonnement de la dimension étatique de l'aide

Seules les interventions étatiques (13) entrent dans le champ d'application de l'article 107, paragraphe 1 TFUE. Les critères de cette dimension étatique ont été précisés et remodelés par la Cour depuis une quinzaine d'années, globalement dans le sens de la préservation d'une plus grande sphère d'autonomie pour les États (à travers une réduction du spectre des interventions soumises au droit des aides d'État). Les enjeux politiques de cette jurisprudence se déduisent moins des formules employées par la Cour, qui veille à se placer sur le terrain de l'interprétation du traité, que des arguments d'opportunité avancés par la Commission, des avocats généraux ou des États dans les débats relatifs au périmètre des interventions devant relever du droit des aides d'État.

À cet égard, l'une des questions les plus sensibles a été celle de l'engagement de ressources d'État. L'exigence systématique d'un tel engagement ne ressort pas de la lettre de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, qui vise les aides « accordées par les États ou au moyen de ressources d'État ». Si la Cour s'était déjà attachée au financement public des aides dans l'arrêt *Sloman Neptun* (14), le rôle de cette condition restait débattu. Invitée à revoir sa jurisprudence, la Cour a clairement confirmé l'exigence d'un engagement de ressources d'État dans l'arrêt *PreussenElecktra* de 2001 (15). Elle y affirme qu'il « résulte de la jurisprudence de la Cour que seuls les avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État sont considérés comme des aides » au sens de l'article 107, paragraphe 1, du traité. La formulation sobre de cet arrêt de principe ne reflète pas ses enjeux politiques, qui ressortent davantage des éclairantes conclusions de l'avocat général Jacobs (16). Ce dernier y souligne que deux interprétations de la notion d'aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, sont possibles, l'une extensive (n'impliquant pas nécessairement un engagement de ressources d'État) et l'autre restrictive, pour laquelle

(13) La notion d'État étant entendue largement dans le contexte de l'article 107, § 1, où elle englobe les collectivités infra-étatiques.

(14) CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun*, aff., C-72/91, *Rec.* p. I-902.

(15) CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, aff. C-379/98, *Rec.* p. I-02099.

(16) Conclusions présentées par l'avocat général Jacobs dans l'affaire *PreussenElektra*, pts 114 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la Cour avait déjà opté. Il s'interroge sur l'opportunité d'abandonner le critère de ressources d'État, ainsi que le demandent régulièrement des avocats généraux (17) et la Commission. Mais cela aboutirait à ce que « pratiquement l'ensemble des législations nationales réglementant les relations entre les entreprises » entrent dans le champ d'application des règles relatives aux aides d'État. Compte tenu de la subjectivité du critère de sélectivité qui devrait alors être mis en œuvre, l'avocat Jacobs en conclut qu'il « semble préférable que la législation réglementant la relation entre des opérateurs privés soit par principe exclue du champ d'application des règles relatives aux aides d'État » (dès lors qu'elle n'implique pas un engagement de ressources d'État) (18). C'est le choix qu'a confirmé la Cour dans l'arrêt *PreussenElektra*, même si l'enjeu de préservation du pouvoir normatif des États n'y est pas affiché. Cette jurisprudence traduit « la volonté de la Cour d'éviter de faire entrer dans la notion d'aide d'État » et le contrôle de la Commission qui l'accompagne « toutes les mesures d'intervention économique » (19) .

Consolidant la préservation d'une marge de manouvre des États, la Cour a également affirmé que l'exigence d'engagement de ressources publiques doit se doubler de l'imputabilité d'une intervention à l'État. L'enjeu d'une telle précision, apportée par l'arrêt *Stardust* (20), concerne principalement les avantages accordés par des entreprises publiques, et à travers elles la neutralité du traité envers le régime de la propriété (21). Les interventions des entreprises publiques ne sont donc pas automatiquement assimilées à celles de l'État. L'imputabilité à l'État d'avantages consentis par des entreprises publiques doit se vérifier à travers un faisceau d'indices forgé par la Cour, assez large au demeurant, et loin d'être neutre. Outre que ce faisceau tend à privilégier les

(17) Voy. notamment les conclusions présentées par l'avocat général Darmon dans l'affaire *Sloman Neptun* (aff., C-72/91).

(18) « L'interprétation plus extensive obligerait les États membres, les entreprises concernées, la Commission, les juridictions nationales et enfin les juridictions communautaires, à décider pour l'ensemble des lois réglementant les relations entre les entreprises, si elles confèrent des avantages sélectifs à certaines entreprises au sens de l'article 92, paragraphe 1 », alors qu'« une telle évaluation constitue un exercice difficile et dont l'issue est incertaine » (conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire C-379/98, *op. cit.*, pt 157).

(19) J.-Y. Chérot, *Droit public des affaires*, Economica, 2007, p. 185.

(20) CJCE, 16 mai 2002, *République française c/ Commission*, aff. C-482/99, *Rec.* p. I-4397 (« Stardust »).

(21) Comme le relevait le gouvernement français dans l'affaire *Stardust* « appliquer un tel critère organique comporterait une inégalité de traitement des entreprises publiques par rapport aux entreprises privées, dans la mesure où serait sanctionnée leur seule appartenance au secteur public, contrairement au principe de la neutralité du traité à l'égard du régime de la propriété des entreprises prévu à l'article 295 CE » (aff. C-482/99, *op. cit.*, pt 26).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

structures de droit privé (22), sa mise en œuvre peut conduire la Cour à pointer l'insuffisance vigilance d'actionnaires publics (23).

La limitation du champ d'application du droit des aides d'État est également passée dans la jurisprudence de la Cour par une approche plus restrictive du critère de l'avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

B. – Limitations de la notion d'avantage

Parmi la jurisprudence très fournie de la Cour depuis une quinzaine d'années sur la notion d'avantage, certains arrêts revêtent une dimension politique évidente. C'est bien sûr le cas de la jurisprudence *Altmark* (24), par laquelle la Cour a opté pour une certaine forme d'équilibre entre service public et finalités concurrentielles. Le contexte de cet arrêt est révélateur de ses enjeux politiques. Il a été précédé de l'arrêt *Ferring* (25), dans lequel la Cour avait affirmé que les compensations d'obligations de service public ne sont pas des avantages, coupant l'herbe sous le pied de la Commission qui préparait un règlement d'exemption sur le financement d'obligations de service public (envisagé donc comme une aide d'État). L'arrêt *Ferring*, qui limitait nettement le rôle de la Commission en la matière, a été vivement contesté. Des avocats généraux (26) ont suggéré à la Cour de tempérer cette approche compensatoire (27), voire de l'abandonner (28). La Cour a alors décidé, de manière exceptionnelle, de rouvrir la procédure orale dans l'affaire *Altmark* alors pendante, pour inviter les parties et les États membre à prendre position. L'arrêt *Altmark* a maintenu une approche compensatoire des obligations de service public, limitant ainsi le champ

(22) Figurent notamment, parmi les indices « pertinents pour conclure à l'imputabilité à l'État d'une mesure d'aide prise par une entreprise publique », « son intégration dans les structures de l'administration publique, la nature de ses activités et l'exercice de celles-ci sur le marché dans des conditions normales de concurrence avec des opérateurs privés, le statut juridique de l'entreprise, celle-ci relevant du droit public ou du droit commun des sociétés (*ibid.*, pt 57).

(23) Dans ce cas l'imputabilité peut être présumée (CJUE, 17 septembre 2014, *Commerz Nederland NV c/ Havenbedrijf Rotterdam NV*, aff. C-242/13, EU:C:2014:2326).

(24) CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, aff. C-280/00, *Rec.* p. I-7747.

(25) CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, aff. C-53/00, *Rec.* p. I-9067.

(26) Sur cette saga contentieuse, voy. L. Clément-Wilz, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 365.

(27) Conclusions présentées le 30 avril 2002 par l'avocat général Jacobs dans l'affaire *GEMO* (aff. C-126/10) et le 7 novembre 2002 par l'avocat général Stix-Hackl dans l'affaire *Enirisorce* (aff. C-34/01).

(28) Conclusions présentées le 19 mars 2002 par l'avocat général Leger dans l'affaire *Altmark*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'application du droit des aides d'État. Cependant la Cour a choisi de préserver le contrôle de la Commission en soumettant la non-qualification d'aide à des conditions très rigoureuses, qui vont bien au-delà de la simple proportionnalité des compensations d'obligations de service public (avec notamment une forte incitation à utiliser des procédures de marché public).

Malgré ce strict encadrement des compensations d'obligations de service public, le Tribunal de l'Union a manifesté son souci de préserver les compétences des États dans la définition même des services d'intérêt économique général. Leur marge de manœuvre semblait compromise par la tendance de la Commission à considérer que le constat d'une défaillance du marché constitue un préalable nécessaire à l'instauration de SIEG par les États (29). Après quelques flottements, le Tribunal a clairement réaffirmé le pouvoir discrétionnaire des États pour ériger les activités de leur choix en SIEG, ce qui exclut l'exigence systématique d'une défaillance du marché, en dehors de cas prévus par le droit dérivé (30).

Un autre temps fort de la jurisprudence de la Cour ces dernières années a été la prise en compte de l'autonomie politique et fiscale accordée par les États à certaines régions pour la mise en œuvre du critère de sélectivité territoriale (31). Ce faisant, la Cour a contré la Commission qui raisonnait jusque-là de manière uniforme, permettant un meilleur respect des identités nationale des États (32).

Politique également a été le choix de la Cour d'apprécier souplement le champ d'application du critère de l'investisseur privé en économie de marché, ce qui accroit la marge d'argumentation des États pour échapper à la qualification d'aide. Les États peuvent ainsi faire valoir des arguments de rationalité économique pour des interventions impliquant des prérogatives de puissance publique, telles que des exonérations fiscales (33). Ce critère reste toutefois rigoureux

(29) Voy. en ce sens la Communication de la Commission sur le financement des SIEG, *JOUE* C 8/47, 11 janvier 2012, p. 4, pts 47-49.

(30) Trib. UE, 9 juin 2016, *Magic Mountain*, aff.T-162/13, EU:T:2016:341, pt 78 ; Trib. UE, 1er mars 2017, *France et SNCM c/ Commission*, aff. T-366/13 et T-454/13, EU:T:2016:135.

(31) CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal c/ Commission*, aff. C-88/03, *Rec.* p. I-7115 (« Açores »).

(32) Cet enjeu est visé par l'avocat général Kokott dans ses conclusions sur l'arrêt *UGT-RIOJA* du 11 septembre 2008 (aff. C-428/06), où elle souligne la nécessité d'établir un juste équilibre entre le respect de l'identité nationale des États membres et le souci d'éviter un contournement du droit des aides d'État (pts 54 à 57).

(33) CJUE, 5 juin 2012, *Commission c/ EDF*, aff. C-124/10 P, EU:C:2012:318, pt 92. La Cour a ainsi affirmé qu'« un avantage économique, même accordé par des moyens de nature fiscale, doit être apprécié, notamment, au regard du critère de l'investisseur privé, s'il apparaît au terme

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dans sa mise en œuvre même si certaines formulations pourraient annoncer une meilleure prise en compte des finalités spécifiques de l'État investisseur (34).

Les orientations affirmées par la Cour, qui vont dans globalement le sens d'un recentrage de la notion d'aide, sont parfois tempérées, voire contredites par des ajustements inavoués, ce qui ne favorise pas la lisibilité de sa jurisprudence. La dimension politique de la jurisprudence de la Cour en matière d'aides d'État ressort aussi, et assez largement, de ses ambiguïtés.

II. – L'extension insidieuse des critères de l'aide d'État

La Cour joue régulièrement du flou de la notion d'aide d'État, qu'elle contribue de ce fait à entretenir. En fonction du contexte de certaines affaires, elle peut étendre ponctuellement les critères de l'aide au-delà des limites qu'elle avait elle-même affirmées. En modulant les paramètres qui permettent d'échapper à la qualification d'aide, la Cour tend ainsi à orienter les politiques des États, tant dans leurs finalités que dans leurs conditions de mise en œuvre. En témoignent la prise en compte des finalités de réglementations au stade de la qualification d'aide (A) ainsi qu'un retour ambigu sur l'exigence de ressources d'État (B).

A. – La prise en compte des finalités des réglementations au stade de la qualification d'aide

La Cour rappelle fréquemment le caractère « objectif » de la notion d'aide, qui doit en principe s'apprécier en fonction des effets d'une intervention publique, et non de ses finalités. Cela ne l'empêche pas de prendre régulièrement en compte les finalités de

de l'appréciation globale le cas échéant requise que l'État membre concerné a néanmoins, malgré l'emploi de tels moyens relevant de la puissance publique, accordé ledit avantage en sa qualité d'actionnaire de l'entreprise lui appartenant ». Dans ses conclusions sur cette affaire, l'avocat général Mazak s'était vigoureusement opposé à cette approche en soulignant que cela pourrait conduire, « à une certaine incertitude et à un manque de transparence ainsi qu'à des privilèges (fiscaux) pour les entreprises publiques », et « pourrait avoir une incidence particulièrement négative sur les nombreux secteurs récemment libéralisés ou en cours de libéralisation ».

(34) La Cour envisage ainsi le fait que « la protection de l'image de marque d'un État membre en tant qu'investisseur global dans l'économie de marché pourrait, dans des circonstances particulières et avec une motivation particulièrement convaincante, constituer une justification pour démontrer la rationalité économique à long terme de la prise en charge de coûts additionnels » (CJUE, 4 septembre 2014, *SNCM SA et République française c/ Corsica Ferries*, aff. jtes C-533/12 P et C-536/12 P, EU:C:2014:2142, pt 40).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

certaines réglementations pour les soumettre ou pas au droit des aides d'État (35). Alors que les arbitrages entre objectifs d'intérêt général et libre concurrence sont plutôt censés s'effectuer au stade d'un contrôle motivé de la compatibilité des aides par la Commission, ils s'opèrent ainsi en amont, et de manière moins explicite, à travers l'identification des aides d'État.

La prise en compte des finalités de certaines réglementations peut inciter la Cour à les préserver de l'application du droit des aides d'état. En matière fiscale, la justification de « l'économie du système » permettant d'échapper à la qualification d'avantage sélectif repose souvent sur un encadrement assez subjectif par la Cour de la manière dont des réglementations nationales poursuivent certaines finalités d'intérêt général (36). Et la jurisprudence *Altmark* implique bien évidemment une prise en compte de finalités de service public, qui peuvent être appréciées plus souplement pour certaines activités (37).

Plus fréquemment, la prise en compte sous-jacente des finalités de réglementations au stade de la qualification d'aide peut aboutir à une extension du champ d'application du droit des aides d'État. Le maniement subjectif de la condition de sélectivité des aides en constitue une bonne illustration (38). La Cour a par exemple pu faire entrer dans le champ du droit des aides d'État des législations neutres en apparence, mais visant en réalité à une optimisation fiscale qu'il est difficile de combattre par d'autres moyens (39). Par ailleurs, sous couvert de l'identification d'un avantage, la Cour dicte parfois aux États des critères très précis pour l'attribution de droits d'accès préférentiel à des infrastructures, même

(35) De même, la prise en compte d'une recherche de rentabilité pour certaines interventions étatiques permet, à l'aune du très subjectif critère de l'investisseur privé en économie de marché, d'échapper à la qualification d'aide d'État.

(36) En matière environnementale notamment (O. Peiffert, *L'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 189).

(37) Voy. F. de Cecco, *State Aid and the European Economic Constitution*, Hart Studies in Competition Law, 2013, pp. 137 et s., à propos notamment de l'arrêt *BUPA* du 12 février 2008 (aff. T-289/03) relatif à des services de santé.

(38) Sur le maniement subjectif de la condition de sélectivité en matière de protection de l'environnement, voy. O. Peiffert, *op. cit.*, p. 168.

(39) CJUE (gde ch.), 15 novembre 2011, *Commission c/ Gvt of Gibraltar*, aff. C-106/09. Voy. à ce propos E. Dubout et A. Maitrot de la Motte, « Normalité, sélectivité et légitimité des régimes fiscaux dans l'Union européenne : les paradis fiscaux au purgatoire des aides d'État ? », *Droit fiscal* n° 5, 2 Février 2012, comm. 126. Très critiquée, cette jurisprudence a été précisée par la Cour, qui a davantage détaillé les paramètres d'appréciation de la sélectivité des mesures fiscales (CJUE, gde ch., 21 décembre 2016, *Commission c/ World Duty Free Group SA*, aff. jtes C-20/15 P, et *Commission c/ Banco Santander SA*, aff. C-21/15 P ; A. Maitrot de la Motte, *Droit fiscal* n° 26, 29 juin 2017, comm. 373).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

gratuites (40). À cet égard, l'arrêt *Eventech* va assez loin dans un encadrement dont le rattachement à la notion d'aide d'État paraît discutable. Tout en insistant sur la nécessité de préserver une « marge d'appréciation pour les États » dans l'attribution de droits d'accès préférentiels à des infrastructures, la Cour y dicte certaines conditions pour que cet accès préférentiel échappe à la qualification d'avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1. Il faut que les critères d'attribution soient « fixés à l'avance, de manière transparente, et non discriminatoire », ce qui peut être le cas si l'objectif poursuivi est « d'assurer un système de transport sûr et efficace » (41). Au stade de la qualification d'aide, censée être objective et indépendante des finalités poursuivies, la Cour opère ainsi un raisonnement qui évoque fortement les raisons impérieuses d'intérêt général du droit des libertés de circulation (42). L'arrêt *Eventech* illustre également une tendance de la Cour de justice à moduler de manière peu prévisible la condition d'engagement de ressources d'État.

B. – Le retour ambigu sur l'exigence de ressources d'État

Bien qu'elle ait été réaffirmée depuis une quinzaine d'années, l'exigence d'un engagement de ressources d'État demeure l'un des choix les plus controversés de la Cour de justice. Ses détracteurs, dont la Commission, ont souligné le paradoxe qu'il y a à faire échapper au droit des aides d'État des avantages aux effets anti-concurrentiels renforcés par un financement privé, ou encore le manque de pertinence du critère d'engagement de ressources d'État (43). La Cour ne semble pas insensible à ces arguments. Sans revenir ouvertement sur la jurisprudence *Preussen Elektra*, elle y a apporté des tempéraments aux contours incertains.

(40) CJUE, 14 janvier 2015, *The Queen à la demande d'Eventech*, aff. C-518-13, EU:C:2015:9, pts 49 et s.

(41) *Ibid.*, pt 53.

(42) A. Cartier-Bresson, *LPA* 5 octobre 2016, n° 199 ; A. Soloschenkov, « La notion d'aide d'État entre rigidité et flexibilité », *RTDE*, 2015, p. 757.

(43) L'avocat général Poiares Maduro a souligné à cet égard que le droit des aides d'État n'est pas destiné à contrôler l'impact de tous les choix législatifs des États membres sur la concurrence mais seulement à identifier les distorsions concurrentielles qui résultent de la volonté d'un État membre d'accorder, par dérogation à ses orientations politiques générales, un avantage particulier à certaines entreprises, et qu'à cet égard les restrictions posées par la Cour légitimes. Il estime cependant que le critère du transfert des ressources d'État habituellement utilisé par la Cour ne permet pas de les appliquer et de les justifier correctement et qu'il serait préférable de recourir au critère de la sélectivité (conclusions présentée le 12 janvier 2006 dans l'affaire C-237/04, *Enirisorce SpA*, *Rec* p. I-2843, pts 45 et s.).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Tout d'abord, la Cour apprécie largement la notion de ressources publiques, en considérant que des fonds d'origine privée redeviennent publics s'ils transitent par un fonds dont l'État peut contrôler l'utilisation. Si cette jurisprudence semble logique dans son principe, les paramètre d'appréciation du contrôle public sont assez subjectifs (44). Il en résulte un manque de visibilité du critère de ressources d'État, qui a pu favoriser l'imprudence de certains États, dont la France (45), dans le paramétrage de dispositifs qu'ils pensaient conformes à la jurisprudence *PreussenElektra*.

Mais c'est surtout sur la notion d'« engagement » que la Cour tend à jouer depuis quelques années, de manière discutable. Sans revenir formellement sur l'exigence d'un impact sur le budget de l'État, la Cour l'a rendue extrêmement ténue. Elle s'est ouvert une large marge de manœuvre à travers une reformulation vague de l'engagement de ressources d'État. La Cour a ainsi affirmé dans l'arrêt *Bouygues Telecom* qu'il suffit d'un « risque économique suffisamment concret de charges » pour le budget de l'État, un engagement ferme et précis de l'État à financer un avantage n'étant pas nécessaire (46).

S'il ne prêtait pas véritablement à conséquences en l'espèce (47), l'enjeu immédiat de ce glissement été une affaire relative au statut d'EPIC, pendante devant le Tribunal au moment de l'arrêt *Bouygues* (et sans doute prise en compte par la Cour). L'élargissement inavoué de la condition d'engagement de ressources d'État par l'arrêt *Bouygues* (48) a permis au Tribunal d'affirmer, dans l'arrêt *La Poste*, que la garantie « implicite » de l'État qu'impliquerait l'insaisissabilité des biens des EPIC constitue une aide d'État. Le Tribunal s'est fondé sur l'idée d'un « risque économique » pour considérer que le critère de ressources d'État peut résulter d'un (très hypothétique) engagement de responsabilité de l'État au cas où la procédure spécifique prévue pour contraindre les personnes

(44) Voy. à ce propos S. Heise, « When Private Funds Mutate into State ressources – An Ambivalent Coherence », *EStAL* 3/2015, p. 424.

(45) CJUE, 19 décembre 2013, *Association Vent de Colère !*, aff. C-262/12, EU:C:2012:559. Voy. à ce propos A. Cartier-Bresson, « Obligation d'achat et contribution aux charges du service public après les arrêts de la Cour de Justice du Conseil d'Etat dans l'affaire Vent de colère », in G. Marcou, A.-Ch. Eiller, F.-M. Poupeau et C. Staropoli, *Gouvernance et Innovations dans le système énergétique*, L'Harmattan, 2015, p. 191.

(46) CJUE, 19 mars 2013, *Bouygues Télécom*, aff. C-399/10 P, EU:C:2013:175.

(47) S'agissant d'un avantage résultant de déclarations du ministre de l'économie et dont la Commission ne demandait pas la récupération.

(48) La Cour avait déjà pris en compte un risque potentiel d'engagement de ressources, mais de manière beaucoup moins générale, et à propos de garanties explicites (CJCE, 1er décembre 1998, *Ecotrade*, aff. C-200/97, *Rec.* p. I-7907, pt 43).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

publiques à s'acquitter de leurs dettes ne permettrait pas de protéger efficacement les créanciers d'un EPIC (49). Un tel raisonnement soulève une question de principe : un engagement potentiel de la responsabilité d'un État lié à l'inefficacité d'une réglementation peut-il être assimilé au financement étatique d'un avantage ? Saisie d'un pourvoi, la Cour a soigneusement évité de creuser cette question, en se réfugiant derrière l'appréciation souveraine des faits par le Tribunal et des questions liées à la charge de la preuve (50). Ce refus inhabituel d'approfondir l'analyse juridique (alors que la Cour s'étend longuement sur cette condition dans d'autres affaires où la présence de ressources d'État est beaucoup plus évidente) pourrait être un révélateur juridique des enjeux politiques de cette jurisprudence. Le choix a ainsi été fait d'analyser comme une aide d'État le statut d'EPIC, qui peut certes avantager des entreprises (en leur permettant d'emprunter dans des meilleures conditions que leurs concurrents soumis aux voies d'exécution du droit commun), mais n'implique en réalité aucun engagement de ressources d'État.

Ponctuellement, la notion floue de « risque économique » pour le budget de l'État permet à la Cour de revenir sur la jurisprudence *PreussenElektra* en soumettant au droit des aides d'État des réglementations qui n'engagent pas véritablement de ressources d'État, mais qui bénéficient à certaines entreprises, et dont l'impact impact anticoncurrentiel lui semble important. Cela lui permet également de contrôler au regard de l'article 107, paragraphe 1, TFUE des situations qui semblent plutôt relever de problématiques de libertés de circulation que du droit des aides d'État. C'est ce qu'illustre l'arrêt *Eventech* à propos d'une réglementation réservant l'utilisation des couloirs de bus aux taxis. Alors que le rattachement au droit des aides d'États semblait improbable, la Cour s'est longuement penché sur le critère des ressources d'État. Elle s'est attachée aux objectifs d'intérêt général poursuivis (en l'espèce, « l'objectif réglementaire d'assurer un système de transport sûr et efficace ») pour conclure à l'absence d'engagement de ressources d'État (51).

Le maniement ambigu de la condition de ressources d'État apparaît ainsi, tout comme celui de la condition de sélectivité, comme une variable d'ajustement imprévisible de la notion d'aide d'État.

(49) Trib. UE, 20 septembre 2012, *France c/ Commission*, aff. T-154/10 (« La Poste »), EU:T:2012:452, pts 96 et s.

(50) CJUE, 3 avril 2014, *France c/ Commission*, aff. C-559/12 P, (« La Poste »), EU:C:2014:217, pts 65 et s. et 78 et s.

(51) CJUE, 14 janvier 2015, *The Queen à la demande d'Eventech*, aff. C-518-13, EU:C:2015:9, pts 50 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Des ajustements ponctuels des critères de l'aide permettent à la Cour d'atteindre certains angles morts du droit de la concurrence et du droit du marché intérieur, dans des domaines où les États ne se sont pas encore entendus pour harmoniser. Outre qu'elle aboutit à une insécurité juridique, cette propension à jouer des ambiguïtés de la notion d'aide peut affaiblir la légitimité du droit des aides d'État.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 9 - La notion d'aide d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 10.

LES « MESURES ANTI-CRISE » ET LE DROIT DE LA STABILITÉ FINANCIÈRE

Francesco MARTUCCI

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Crise et politique entretiennent des liens étroits. Serait-ce à dire que la jurisprudence de la Cour de justice relative aux « mesures anti-crise » est nécessairement politique ? La réponse à cette question appelle quelques précisions introductives.

Si l'intitulé proposé par la directrice de l'ouvrage « mesures anti-crise(s) » se comprend intuitivement, il a fallu relever la gageure de tracer scientifiquement les contours de l'analyse. Nous avons procédé par rétroaction en déterminant le « corpus jurisprudentiel » de l'objet étudié. Les mesures anti-crises ont été identifiées uniquement dans la mesure où elles ont fait l'objet d'un arrêt de la Cour de justice. N'ont ainsi été étudiés que les arrêts de la Cour de justice ; certes, quelques arrêts du Tribunal concernent les crises, les uns ayant fait l'objet de pourvois (1), de sorte que les questions posées sont bien traitées, les autres non (2) ; pour ces derniers, l'exclusion est justifiée à plusieurs égards. Tenu par les moyens des requérants, le plus souvent approximatifs, si ce n'est fantaisistes, le Tribunal a rendu des arrêts très longs dont

(1) Trib. UE, Ord., 16 octobre 2014, *Chatziioannou c/ Commission et BCE*, aff. T-330/13, EU:T:2014:904 ; *Chatzithoma c/ Commission et BCE*, aff. T-329/13, EU:T:2014:908 ; *Kyprou c/ Commission et BCE*, aff. T-328/13, EU:T:2014:906 ; *Mallis c/ Commission et BCE*, aff. T-327/13, EU:T:2014:909 ; *Christodoulou c/ Commission et BCE*, aff. T-332/13, EU:T:2014:910 ; *Nikolaou c/ Commission et BCE*, aff. T-331/13, EU:T:2014:905. Trib. UE, 10 novembre 2014, *Ledra Advertising c/ Commission et BCE*, aff. T-289/13, EU:T:2014:981 ; *CMBG c/ Commission et BCE*, aff. T-290/13, EU:T:2014:976 ; *Eleftheriou et Papachristofi c/ Commission et BCE*, aff. T-291/13, EU:T:2014:978 ; *Fialtor c/ Commission et BCE*, aff. T-294/13, EU:T:2014:980 ; *Theophilou c/ Commission et BCE*, aff. T-293/13, EU:T:2014:979 ; *Evangelou c/ Commission et BCE*, aff. T-292/13, EU:T:2014:977.

(2) Trib. UE, 7 octobre 2015, *Accorinti*, aff. T-79/13, EU:T:2015:756 ; 4 mars 2015, *Royaume-Uni c/ BCE*, T-496/11, EU:T:2015:133 ; ord., 5 juin 2015, *Arvanitis c/ Parlement européen*, *Conseil européen*, *Eurogroupe*, *Conseil*, *Commission et BCE*, aff. T-350/14, EU:T:2015:790 ; *Kafetzakis c/ Parlement européen*, *Conseil européen*, *Eurogroupe*, *Conseil*, *Commission et BCE*, aff. T-38/14, EU:T:2015:785 ; *Grigoriadis c/ Parlement européen*, *Conseil européen*, *Eurogroupe*, *Conseil*, *Commission et BCE*, aff. T-413/14, EU:T:2015:786.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'argumentation laisse quelque peu circonspect le juriste ; y déceler une trace politique dans les méandres de la motivation aurait été une tâche à laquelle nous avons volontiers renoncé et, finalement, cela n'est pas scientifiquement erroné, tant la différence d'approche entre le Tribunal et la Cour sur les affaires traitées, est patente.

L'étude porte donc sur les arrêts rendus par la Cour de justice intéressant les mesures adoptées par les institutions, organes et « enceinte », ainsi que par les autorités nationales pour surmonter la crise à la fois financière, de dettes souveraines et bancaire. Par mesures anti-crise, nous avons entendu uniquement celles qui ont concerné : 1) la crise financière : le seul arrêt pertinent est *AEMF* (3) ; 2) la crise de dettes souveraines : ont retenu l'attention les « arrêts jumeaux » *Pringle* (4) et *Gauweiler* (5) ainsi que les arrêts *Ledra* (6), *Mallis* (7) et *Florescu* (8) ; 3) la crise bancaire : sont étudiés les arrêts *Kotnik* (9) et *Dowling* (10), un lien étant établi avec *Ledra* et *Mallis*. Dans ces arrêts, la Cour de justice a été saisie de deux séries de questions de droit. D'une part, la légalité de la mesure anti-crise était tributaire de l'interprétation ou de l'appréciation de validité par la Cour de justice des dispositions sur le fondement desquelles la mesure a été adoptée : ce sont les arrêts *Dowling*, *Florescu*, *Gauweiler*, *Kotnik*, *Ledra* et *Mallis*. D'autre part, la Cour de justice a apprécié la validité du dispositif anti-crise sur le fondement duquel la mesure peut être adoptée : ce sont les arrêts *AEMF*, *Kotnik* et *Pringle*. Dans le système constitutionnel de l'Union, la Cour de justice a ainsi été confrontée à l'exercice par les institutions et les organes de l'Union ainsi que par les autorités nationales, de pouvoirs en vue de répondre à des crises. C'est donc la question du contrôle juridictionnel du pouvoir de crise qui est en cause. Est-il loisible de déceler dans ce contrôle des traces d'un rôle politique de la Cour de justice ?

(3) CJUE (gde ch.), 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c/ Parlement et Conseil*, aff. C-270/12, EU:C:2014:18.

(4) CJUE (Ass. Plén.), 27 novembre 2012, *Pringle*, aff. C-370/12, EU:C:2012:756.

(5) CJUE (gde ch.), 16 juin 2015, *Gauweiler*, aff. C-62/14, EU:C:2015:400.

(6) CJUE, (gde ch.), 20 septembre 2016, *Ledra Advertising Ltd*, aff. jtes C-8/15 P à C-10/15 P, EU:C:2016:701.

(7) CJUE, (gde ch.), 20 septembre 2016, *Mallis*, aff. jtes C-105/15 P à C-109/15 P, EU:C:2016:702.

(8) CJUE, (gde ch.)., 13 juin 2017, *Eugenia Florescu*, aff. C-258/14, EU:C:2017:448.

(9) Communication de la Commission concernant l'application, à partir du 1er août 2013, des règles en matière d'aides d'État aux aides accordées aux banques dans le contexte de la crise financière, Communication concernant le secteur bancaire », *JOUE* n° C 216, 30 juillet 2013, p. 1.

(10) CJUE, Gde chbr., 8 novembre 2016, *Gerard Dowling e. a.*, aff. C-41/15, EU:C:2016:836.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Il en découle une difficulté de taille : dire ce qui est politique, en s'en tenant à l'exigence de neutralité axiologique propre à toute démarche scientifique. Laissons de côté l'antienne du gouvernement des juges et toute lecture qui serait idéologique ou partisane. La question est la suivante : la Cour, confrontée à un problème qu'on considère politique, à l'occasion d'un litige à résoudre par elle ou par le juge *a quo* ayant posé une question préjudicielle, apporte une réponse juridique. Aussi devons-nous nous confronter à ce moment magique où le politique devient juridique. La réponse ne peut être donnée que par rétroaction. Autrement dit, c'est la Cour qui réserve un traitement juridique à une question politique. À cet égard, une fausse piste serait de s'en tenir à la nomenclature des compétences telle qu'organisée par les traités. Les dispositifs et mesures étudiés ont été adoptés dans quatre types de domaines de compétence : la politique monétaire (article 127, paragraphe 2, TFUE), la politique économique (article 121 TFUE), la politique des aides d'État (articles 107 et 108 TFUE) et la politique de contrôle prudentiel des établissements de crédit (article 127, paragraphe 5, TFUE). Alors que la politique monétaire et le contrôle des aides d'État relèvent de compétences exclusives de l'Union, la politique économique et le contrôle prudentiel des établissements de crédit correspondent à des compétences de coordination de l'Union. La catégorie de compétence à laquelle correspond le dispositif ou la mesure en cause n'est pas un élément pertinent pour notre analyse. En effet, dans notre étude, la politique n'est pas conçue comme substance, mais comme procédure : est politique le choix de l'autorité publique d'un ou plusieurs instruments en vue de réaliser un ou plusieurs objectifs. La politique est donc un choix de l'autorité publique. Celle-ci désigne l'institution, l'organe ou l'enceinte de l'Union, d'une part, les organes de l'État membre, d'autre part. L'autorité a donc le choix entre deux ou plusieurs mesures ; le choix est politique aussi longtemps qu'il s'opère entre deux ou plusieurs mesures également conformes à la légalité de l'Union. Le choix est donc le produit de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (11) que ce pouvoir soit ou non qualifié expressément de politique.

Ces précisions faites, aux fins de déceler les marques ou les traces politiques dans les arrêts de la Cour de justice, nous procèderons selon une démarche en cinq temps. Après avoir expliqué le choix

(11) A. Bouveresse, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, préface D. Simon, avant-propos R. Kovar, Bruxelles, Bruylant, collection : « Droit de l'Union européenne », 2010.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des arrêts étudiés (I) et rappelé le contexte propre à chaque affaire (II), nous analyserons le degré de contrainte juridique (III), la construction de chaque arrêt (IV) et le contrôle opéré par le juge (V).

I. – Choix des arrêts

Le choix opéré s'intéresse aux crises qui ont frappé l'Union et les États membres entre 2008 et 2017. La crise financière, dont les signes avant-coureurs ont été décelés dès août 2007, a catalysé une crise de dettes souveraines qui a éclaté en Grèce en 2009 et s'est répandue dans la zone euro, entraînant une crise bancaire dans certains États membres à partir de 2012. En 2017, à en croire Jean-Claude Juncker, les vents sont devenus favorables (12). Si la crise est passée – mais pourrait revenir –, quelques expériences peuvent en être tirées. Sur le plan jurisprudentiel, il est tout particulièrement significatif qu'un contentieux de la crise ait émergé. Avant 2008, l'Union économique et monétaire était demeurée un terrain juridictionnellement quasiment inexploré. Si l'on prend comme point de départ le 1er janvier 1999, c'est-à-dire la date de l'introduction de la monnaie unique, on ne relève que deux arrêts au cours des années 2000 afférents à des contentieux inter-institutionnels. Dans l'arrêt *OLAF*, la Cour de justice a clarifié la portée du principe d'indépendance de la BCE (13) tandis que, dans l'affaire *Commission c/ Conseil*, elle a précisé l'équilibre institutionnel présidant à la mise en œuvre du Pacte de stabilité et de croissance (14). Ces deux arrêts peuvent être compris comme participant à la résolution de crises dont la nature était essentiellement institutionnelle. Notre propos se focalise cependant sur la crise au sens économique du terme dans ses déclinaisons financière, de dette souveraine et bancaire. Ces crises ont donné lieu à une réaction de l'Union européenne et des États membres qui, dans certains cas, ont abouti à une saisine de la Cour de justice. Sur la période 2009 à 2017, on recense huit arrêts pertinents de la Cour de justice que nous classerons selon le type de crises.

A. – Crise financière

La crise financière a conduit l'Union européenne à se doter d'un système européen de surveillance financière. Celui-ci comporte

(12) J.-C. Juncker, *Discours sur l'état de l'Union 2017*, 13 septembre 2017.
(13) CJCE, 10 juillet 2003, *Commission c/ ECB dit « Olaf »*, aff. C-11/00, *Rec.* p. I-7147.
(14) CJCE, Ass. Plén., 13 juillet 2004, *Commission c/ Conseil*, aff. C-27/04, *Rec.* p. I-6649.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

notamment trois autorités européennes de surveillance établis par le législateur de l'Union en 2010. Les prérogatives de ces autorités ont été par la suite étendues au gré des actes législatifs adoptés dans le marché intérieur des services financiers. C'est ainsi que l'article 28 du règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 14 mars 2012, sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit a conféré à l'Autorité européenne des marchés financiers des pouvoirs d'intervention dans des circonstances exceptionnelles. Le Royaume-Uni a demandé l'annulation de cette disposition. Le 22 janvier 2014, la Cour de justice a rejeté le recours dans l'arrêt *AEMF*.

B. – Crise de dettes souveraines

1° – *Mécanismes de la zone euro*

La crise de dettes souveraines a conduit les institutions et les États de la zone euro à mettre en place des mécanismes d'assistance financière dont la nature a évolué dans le temps. En 2010, le Conseil a adopté le règlement (UE) n° 407/2010 établissant un mécanisme européen de stabilisation financière (MESF). Les États de la zone euro ont conclu un contrat créant, en vertu du droit luxembourgeois, le fonds européen de stabilité financière (FESF) sous la forme d'une société anonyme. Le FESF et le MESF ont accordé une assistance financière à la Grèce, l'Irlande, le Portugal, l'Espagne et Chypre entre 2010 et 2013. Leur a succédé le Mécanisme européen de stabilité (MES) établi par un traité conclu entre les États de la zone euro en 2012, après qu'une révision a introduit dans le Traité FUE l'article 136, paragraphe 3. En vertu de cette nouvelle disposition, les États membres de la zone euro peuvent instituer un mécanisme de stabilité en vertu duquel ils accordent une assistance financière à l'un d'entre eux ; cette assistance doit permettre de préserver la stabilité de la zone euro dans son ensemble et est soumise à une stricte conditionnalité. En application de la procédure simplifiée de révision prévue par l'article 48, paragraphe 6, TUE, l'article 136, paragraphe 3, TFUE a été ajouté par la décision 2011/199/UE adoptée par le Conseil européen et approuvée par tous les États membres.

Le Tribunal a rejeté un recours en annulation intenté à l'encontre du règlement (UE) n° 2010/407 au motif que le requérant n'était pas directement concerné par cet acte (15) ; aucun pourvoi n'a été formé de sorte que nous ne reviendrons pas sur cette affaire.

(15) Trib. UE, 15 juin 2011 *Ax c/ Conseil*, aff. T-259/10, EU:T:2011:274.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La décision 2011/199/UE du Conseil européen a fait l'objet d'une question préjudicielle en appréciation de validité posée par la *Supreme Court* d'Irlande dans l'affaire *Pringle*. Un parlementaire irlandais avait intenté un recours tendant à faire constater, d'une part, que la décision du Conseil européen violait le droit de l'Union et, d'autre part, qu'en ratifiant le Traité établissant le MES, l'Irlande méconnaissait également les traités fondant l'Union. Le 27 novembre 2012, la Cour de justice a rendu un arrêt dans lequel elle déclare la validité de la décision du Conseil européen permettant la révision du TFUE et interprète des dispositions du TUE et du TFUE en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à ce qu'un État membre conclut et ratifie le traité établissant le MES.

2° – *Conditionnalité*

Une assistance financière a été octroyée aux États de la zone euro confrontés à une crise de dette souveraine (Espagne, Chypre, Grèce, Irlande, Portugal). Conformément à l'article 136, paragraphe 3, TFUE, elle a été soumise à une stricte conditionnalité dont les modalités sont précisées par le Traité établissant le MES. Celle-ci désigne les mesures de politique économique que l'État est tenu de prendre s'il entend percevoir l'assistance financière. En vertu de l'article 143 TFUE, l'État membre qui n'a pas adopté l'euro peut également bénéficier d'un concours mutuel en cas de difficultés financières. Il bénéficie à ce titre du mécanisme de soutien financier à moyen terme des balances des paiements des États membres établi par le Conseil en vertu du règlement (CE) n° 332/2002 lequel impose également une conditionnalité. Celle-ci est, dans tous les cas, matérialisée par un protocole d'accord conclu entre l'État membre bénéficiant l'assistance financière et la Commission européenne au nom, soit du MES pour les États de la zone euro, soit de l'Union pour les États n'ayant pas adopté l'euro. Trois États membres qui n'ont pas adopté l'euro ont bénéficié d'un soutien en application du règlement (CE) n° 332/2002 (Hongrie, Lettonie, Roumanie).

Dans une première série d'affaires qui ont conduit à l'arrêt *Ledra*, des requérants ont intenté un recours en annulation et un recours en indemnité à l'encontre du protocole d'accord sur les conditions spécifiques de politique économique, conclu le 26 avril 2013 entre la Commission au nom du MES et la République de Chypre. La Cour de justice a annulé les ordonnances du Tribunal pour une erreur de droit en s'estimant incompétent pour statuer sur le recours en indemnité intenté à l'encontre de la BCE et de la Commission pour leur implication dans l'octroi d'une assistance financière à Chypre. La conditionnalité

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

accompagnant le soutien accordé par le MES à Chypre a été négociée par la Commission et la BCE, la première concluant au nom du MES le protocole d'accord prévoyant la restructuration et la résolution de banques chypriotes dont les requérants s'estiment victimes. Jugeant l'affaire au fond, la Cour de justice a rejeté le recours au motif qu'aucune violation caractérisée du droit de l'Union – en l'occurrence le droit de propriété – n'était imputable à la Commission.

C'est également l'assistance financière à Chypre qui était en cause dans l'arrêt *Mallis*. La Cour n'a cependant pas annulé l'ordonnance du Tribunal rejetant un recours en annulation intenté à l'encontre d'une déclaration de l'Eurogroupe concernant la restructuration du secteur bancaire à Chypre. L'Eurogroupe, convient-il de rappeler, ne constitue qu'une enceinte informelle et ne saurait à ce titre adopter des actes produisant des effets de droit ; ce n'est, insiste la Cour, ni une formation du Conseil, ni un organe, ni un organisme de l'Union. Plus subtilement, les requérants alléguaient que la déclaration de l'Eurogroupe s'apparentait à une décision imputable à la BCE et à la Commission, au motif que ces institutions participent aux réunions de l'Eurogroupe.

La conditionnalité a aussi fait l'objet d'une question préjudicielle en Roumanie qui a donné lieu à l'arrêt *Florescu*. Cet État membre a en effet bénéficié d'un concours mutuel en 2009. Au titre du mécanisme de soutien à moyen des balances de paiement, l'Union lui a accordé un prêt dont le versement était conditionné par le respect du Protocole d'accord conclu, en application du règlement (CE) n° 332/2002, entre la Commission, au nom de l'Union, et la Roumanie. Les requérants contestaient devant le juge roumain le fait qu'une loi ayant pour effet de les priver d'une partie des droits à pension pour lesquelles ils avaient pourtant cotisé. Le juge national a posé une série de questions à la Cour de justice permettant d'éclairer le cadre de la conditionnalité en droit de l'Union. Pour la Cour, si le Protocole d'accord conclu en application du règlement (CE) n° 332/2002 constitue un acte de droit de l'Union, il n'a nullement imposé à la Roumanie l'adoption de la législation en cause. Il demeure que celle-ci est adoptée au titre de la mise en œuvre du Protocole ; aussi la Charte peut-elle être invoquée à l'encontre de la loi roumaine et est, en l'espèce, interprétée par la Cour comme ne s'opposant pas à la privation des droits de pension.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

3° – *Mesures non conventionnelles de la BCE*

Parallèlement, la BCE a adopté des mesures non conventionnelles de politique monétaire afin de préserver la stabilité des prix des risques aiguisés par la crise de dette souveraine dans la zone euro. En premier lieu, le Conseil des gouverneurs a décidé de maintenir sur la liste des actifs éligibles aux opérations de politique monétaire les titres émis par des États de la zone euro confrontés à une crise de dette souveraine. Ce fut notamment le cas avec les décisions de la BCE du 6 mai 2010, du 31 mars 2011 et du 7 juillet 2011, relatives à des mesures temporaires concernant l'éligibilité des titres de créance négociables émis ou garantis respectivement par les gouvernements hellénique, irlandais et portugais. En second lieu, la BCE a adopté des programmes d'achats de titres émis par des États de la zone euro. Le premier programme a été instauré par une décision du 14 mai 2010 instaurant un programme pour les marchés de titres (SMP). Le 6 septembre 2012, le Conseil des gouverneurs de la BCE a adopté un deuxième programme *Outright Monetary Transaction* en vertu duquel l'Eurosystème aurait acheté sur le marché secondaire des titres d'États de la zone euro sous assistance financière et soumis, pour cette raison, à une stricte conditionnalité. En janvier 2015, la BCE a changé de paradigme de politique monétaire en adoptant le *quantitative easing* qui consiste en un programme d'achats de titres privés et publics.

Le recours en annulation introduit à l'encontre du programme SMP et des décisions relatives à l'éligibilité des titres de créance adoptés en 2010 a été rejeté au motif qu'il a été introduit hors délai (16).

Le programme OMT a fait l'objet d'une question préjudicielle posée par le *Bundesverfassungsgericht* dans l'affaire *Gauweiler*. Les requérants avaient contesté devant le juge national une violation par la BCE des Traités au motif que les achats de titres de dette ne relèveraient pas de la politique monétaire et constitueraient, en tout état de cause, un financement monétaire interdit par l'article 123 TFUE. La Cour de justice a interprété les dispositions du TFUE et des statuts du SEBC en ce sens qu'elles autorisent sous certaines conditions l'adoption d'un programme d'achats d'obligations souveraines sur les marchés secondaires. Le 16 juillet 2017, le *Bundesverfassungsgericht* a posé une question préjudicielle relative cette fois au *quantitative easing* (17).

(16) CJUE, Ord., 5 novembre 2012, *Städter c/ BCE*, aff. C-102/12 P, EU:C:2012:723.

(17) CJUE, *Weiss*, aff. C-493/17. La demande de soumettre la requête à une procédure accélérée a été rejetée. CJUE, Ord., 18 octobre 2017, *Weiss*, aff. C-493/17, EU:C:2017:792.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

C. – Crise bancaire

Deux arrêts sont retenus pour analyser les mesures « anti-crise bancaire ». L'arrêt *Dowling* a mis en évidence le lien étroit qui existe entre crise de dette souveraine et crise bancaire. Frappée par une crise de liquidité, l'Irlande a perçu une assistance financière de la part de la zone euro en 2010. Au titre de la conditionnalité, le protocole d'accord conclu avec la Commission a prévu une restructuration du secteur bancaire. L'affaire *Dowling* donne l'illustration concrète d'une telle exigence retenue par le protocole d'accord. Se heurtant au refus de l'assemblée générale des actionnaires d'une société holding détenant un établissement de crédit, le ministre des finances irlandais a demandé au juge d'imposer une augmentation de capital audit établissement. Ainsi, par ordonnance d'injonction, la *High Court* d'Irlande a exigé une émission d'actions à un montant inférieur à leur valeur nominale. Des actionnaires ont contesté cette ordonnance en invoquant les dispositions de la « deuxième directive sociétés » (18) en vertu desquelles, allèguent-ils, l'assemblée générale aurait dû se prononcer. Le juge irlandais a posé une question préjudicielle à la Cour de justice qui, en substance, considère nécessaire d'interpréter la directive en tenant compte, là encore, de l'exigence de stabilité financière. La Cour de justice interprète la directive en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à l'augmentation du capital et donc à la restructuration de l'établissement.

Dans l'arrêt *Kotnik*, était en cause la communication « bancaire » qui encadre l'appréciation par la Commission des aides d'État au secteur bancaire. En l'espèce, en sa qualité d'autorité chargée de la supervision bancaire, la Banque centrale de Slovénie a adopté en 2013 des mesures exceptionnelles à l'encontre de cinq banques présentant un déficit de leurs fonds propres. Deux banques ont été recapitalisées, une troisième a été sauvée alors que les deux autres ont été liquidées. La Commission européenne a autorisé les aides d'État induites par ces mesures. Celles-ci ont comporté la liquidation des fonds propres des actionnaires ainsi que des « titres hybrides » et des titres de créance subordonnés. Intermédiaires entre produits de dette et participation au capital, ces titres permettent un rendement plus élevé de sorte que leurs titulaires ne peuvent être désintéressés qu'après les titulaires d'obligations ordinaires, mais avant

(18) Deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, *JOCEE* n° L 26, 31 janvier 1977, p. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

les détenteurs d'actions. En application de la loi slovène sur le secteur bancaire, ces titres ont fait l'objet d'une liquidation qui a été contestée par leurs titulaires au motif d'une violation des droits fondamentaux devant la Cour constitutionnelle de Slovénie qui a posé une question préjudicielle à la Cour de justice. En substance, cette dernière avait un doute quant à la conformité avec le droit de l'Union des mesures nationales de *bail in*, c'est-à-dire des mesures prévoyant la participation des actionnaires et titulaires de titres à la résolution des banques. La Cour de justice a fourni une interprétation de la communication en ce sens que ses dispositions permettent le *bail in* tel que mis en œuvre en l'espèce.

D. – Révélateurs procéduraux

Le choix des arrêts opéré, on relève quelques éléments procéduraux pertinents qui pourraient permettre de mettre en évidence la signification particulière de ces affaires sans qu'il soit loisible d'en faire un critère du caractère politique des affaires.

1° – *Formations*

Tous les arrêts ont été rendus par la grande chambre à l'exception de l'arrêt *Pringle* prononcé par l'assemblée plénière.

2° – *Durée*

À l'exception de l'arrêt *Pringle*, aucune accélération du temps procédural n'a été décidée. Les arrêts ont donc été rendus selon cette temporalité.

ARRET	DATE DE SAISINE	DATE DE L'ARRÊT
Florescu	26 mai 2014	13 juin 2017
Kotnik	20 novembre 2014	19 juillet 2016
Dowling	2 février 2015	8 novembre 2016
Mallis	27 février 2015	20 septembre 2016
Ledra	9 janvier 2015	20 septembre 2016
Gauweiler	10 février 2014	16 juin 2015
AEMF	31 mai 2012	22 janvier 2014
Pringle (Procédure accélérée)	31 juillet 2012	27 novembre 2012

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

3° – *Interventions*

ARRÊT	Interventions
Florescu	Roumanie / Grèce / Hongrie / Commission
Kotnik	Slovénie / Irlande / Italie / Commission
Dowling	Irlande / Italie / Chypre / Commission
Mallis	Néant
Ledra	Néant
Gauweiler	Allemagne / Irlande /Grèce / Espagne / France / Italie / Chypre / Pays-Bas / Pologne / Portugal / Finlande / Parlement européen / Commission / BCE
AEMF	Parlement européen et Conseil soutenus par Espagne / France / Italie / Commission
Pringle (Procédure accélérée)	Irlande / Belgique / Allemagne / Grèce / Espagne / France / Italie / Chypre / Pays-Bas / Autriche / Slovaquie / Royaume-Uni / Conseil européen / Parlement européen / Commission

4° – *Demandes de réouverture de la procédure orale et de mesures d'instruction*

À la suite de l'arrêt *Kotnik*, une réouverture et des mesures d'instruction ont été demandées dans l'affaire *Dowling* mais ont été refusées par la Cour de justice. Dans l'arrêt *AEMF*, la réouverture de la procédure a été demandée, mais la Cour n'y a pas donné une suite favorable.

5° – *Pourvoi, article 61 du statut*

Dans l'arrêt *Ledra*, après avoir annulé la décision du Tribunal, la Cour a statué elle-même définitivement sur le litige. Elle a estimé que celui-ci était en état d'être jugé ce qui n'est guère contestable.

La Cour de justice a été confrontée à des questions juridiques qui correspondent à des enjeux factuels. Si la Cour de justice se garde bien de se prononcer sur l'opportunité des mesures adoptées et des dispositifs mis en place, elle tient pleinement compte du contexte dans lequel les institutions, organes ou enceinte ont agi.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. – Rappel du contexte

Les huit arrêts sélectionnés ont pour caractéristique commune de permettre la résolution d'un litige né dans le contexte de la crise et mettant en cause des mesures ou des dispositifs dits « anti-crise ». Indéniablement, chacun des huit arrêts porte sur des questions éminemment politiques en ce que ceux-ci traitent de l'action publique face aux crises que ce soit la conditionnalité qui accompagne l'assistance financière (*Florescu*, *Pringle*, *Gauweiler*, *Mallis*, *Ledra)*, la politique monétaire non conventionnelle de la BCE (*Gauweiler*), la résolution bancaire (*Dowling*, *Kotnik*) ou encore la régulation des marchés financiers (AEMF). Il convient de mettre en exergue les éléments de contexte tel que celui-ci peut être envisagé extérieurement (A) avant de relever les références expresses au contexte (B).

A. – Observation externe du contexte

1° – *Les affaires* Mallis, Ledra *et* Florescu

Dans ces trois arrêts, était contestée la conditionnalité dont l'assistance financière est assortie. Dans les affaires *Ledra* et *Florescu*, des particuliers contestaient les conséquences patrimoniales subies du fait de la mise en œuvre du Protocole d'accord comportant la conditionnalité.

Dans l'arrêt *Florescu*, le juge roumain a posé une question préjudicielle sur l'interprétation du Protocole d'accord conclu entre la Roumanie et la Commission. L'enjeu de l'affaire était donc limité puisqu'il s'est agi de déterminer si des mesures nationales affectant les retraites étaient compatibles avec le droit de l'Union. En cas d'incompatibilité, il en aurait peut-être résulté un contentieux de masse en Roumanie.

Dans l'arrêt *Ledra*, la Cour s'est prononcée sur un pourvoi introduit à l'encontre d'un arrêt du Tribunal ayant déclaré pour partie irrecevables et non fondés des recours tendant, en premier lieu, à l'annulation de points du protocole d'accord et, en second lieu, à la réparation du préjudice invoqué par les requérants résultant de l'inclusion desdits points dans ce protocole et d'une violation de l'obligation de surveillance de la Commission européenne. L'enjeu de l'affaire concernait uniquement les mesures de restructuration bancaire à Chypre en 2013.

Dans l'affaire *Mallis*, des particuliers ont contesté des mesures de restructuration d'une banque chypriote adoptées pour la mise en œuvre du Protocole d'accord. Les requérants ont attaqué une déclaration de

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'Eurogroupe « qui a acquis sa forme définitive » par un acte du gouverneur de la banque centrale de Chypre et « qui constitue en substance une décision commune de la [BCE] ainsi que de la Commission ». L'enjeu de l'affaire concernait uniquement les mesures de restructuration bancaire à Chypre en 2013.

2° – *Les affaires* Kotnik *et* Dowling

Des particuliers contestaient les conséquences patrimoniales subies du fait de la mise en œuvre de mesures prudentielles.

Dans l'affaire *Kotnik*, les mesures « exceptionnelles » de restructuration et de résolution bancaire ont été décidées par le régulateur slovène à l'encontre de banques qui, à la suite de la crise financière, ont présenté un déficit de fonds propres. Dans la mesure où elles comportaient une aide d'État, ces mesures ont été déclarées compatibles avec le marché intérieur par la Commission. À ce titre, les autorités slovènes ont appliqué les règles du *bail in* prévues par la loi nationale qui « transpose » (*sic* !) la communication bancaire de la Commission. Plusieurs demandes de contrôle de constitutionnalité ont été introduites par des particuliers, le Conseil d'État slovène et le directeur des droits de l'homme. La Cour constitutionnelle slovène devait se prononcer sur la violation de droits et principes fondamentaux. L'enjeu portait sur la constitutionnalité du *bail in* au moment où l'Union bancaire a vu le jour. On rappelle que l'Union bancaire est notamment motivée par la volonté d'éviter le *bail out*, c'est-à-dire le financement public du sauvetage des banques. Le *bail in* consiste au contraire à financer les mesures de restructuration et de résolution bancaire par les créanciers des établissements.

Dans l'affaire *Dowling*, la restructuration est intervenue au titre de la conditionnalité mise en œuvre en Irlande. Elle a pris la forme d'une recapitalisation bancaire par voie d'une ordonnance d'injonction judiciaire. Le juge a imposé une augmentation du capital social sans décision de l'assemblée générale et sans offrir les actions émises à titre préférentiel aux actionnaires existants tandis que de nouvelles actions ont été émises pour un montant inférieur à leur valeur nominale. La Cour de justice a interprété la « deuxième » directive sociétés en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une telle mesure. L'enjeu est celui de la restructuration bancaire en Irlande qui a été une des questions les plus épineuses de la crise frappant cet État membre.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

3° – *L'affaire* AEMF

Le recours en annulation intenté par le Royaume-Uni à l'encontre d'une disposition du règlement sur les ventes à découvert mérite d'être isolé dans l'étude de la jurisprudence de crise. De prime abord, la question posée à la Cour pourrait sembler technique. Était en cause la validité de l'article 28 du règlement sur les contrats de vente à découvert (19) en vertu duquel l'AEMF peut exercer des pouvoirs d'intervention exceptionnelle. La doctrine s'est généralement focalisée sur la question, certes constitutionnellement déterminante, de la délégation par le législateur de l'Union de pouvoirs aux agences européennes. L'arrêt s'inscrivait cependant dans un contexte politiquement sensible posant une double question, celle de la régulation financière, d'une part, celle des relations entre l'Union et le Royaume-Uni, d'autre part. L'enjeu est celui du modèle de la régulation financière dont l'Union entend doter le marché intérieur. Dans la conception initiale du SESF, les autorités européennes de surveillance disposaient de prérogatives limitées à promouvoir une convergence de la régulation financière dans le marché intérieur. Chacune des trois autorités chapeaute un réseau d'autorités nationales lesquelles demeurent chargées de mener la régulation sectorielle sur les marchés. L'enjeu de l'affaire AEMF est celui d'une démarche du législateur de l'Union consistant à doter les autorités européennes de surveillance de pouvoirs leur permettant d'agir directement sur les marchés. Autrement dit, la question posée était aussi celle de l'européanisation de la régulation financière. L'autre enjeu est étroitement lié à des tensions croissantes entre l'Union et le Royaume-Uni. Celles-ci étaient déjà perceptibles avec le chantage opéré par les britanniques pour obtenir un statut privilégié pour la City de Londres ce qui a conduit à la signature du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance. Parallèlement, la BCE et les autorités britanniques se sont accrochées sur la question de la localisation dans la zone euro du règlement-compensation des transactions en euros ce qui a conduit à un arrêt du Tribunal (20). Les services financiers ont par la suite occupé une place essentielle dans les débats relatifs au *Brexit* ainsi que cela ressort tant des rapports du gouvernement préparatoires du référendum visant à promouvoir le *Remain* que des travaux postérieurs destinés à favoriser l'accès des opérateurs britanniques au marché intérieur des

(19) Règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit, *JOUE* n° L 86, 23 mars 2013, p. 1.

(20) Trib. UE, 4 mars 2015, *Royaume-Uni c/ BCE*, aff. T-496/11, EU:T:2015:133.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

services financiers. L'arrêt *AEMF* pose enfin la question de la réaction du marché à la solution retenue par la Cour de justice d'autant que l'avocat général a conclu à l'invalidité de l'article 28 du règlement au motif qu'il n'était pas fondé sur une base juridique idoine. Les contrats de vente à découvert participent de l'instabilité financière. Néanmoins, l'AEMF n'est dotée que d'un pouvoir d'intervention dans des circonstances exceptionnelles. On peut donc raisonnablement penser que, quand bien même l'AEMF serait privée d'un tel pouvoir, la stabilité financière ne s'en trouverait pas fondamentale affectée.

4° – *Les affaires* Gauweiler *et* Pringle

Les arrêts *Pringle* et *Gauweiler* sont étroitement liés au point d'être, dans une certaine mesure, perçus comme des « arrêts jumeaux ». Ils présentent une complétude en ce qu'ils correspondent aux deux volets de l'Union économique et monétaire, mis à l'épreuve par la crise de dette souveraine. L'arrêt *Pringle* traite du volet économique : dans l'exercice de leur compétence de politique économique, les États de la zone euro peuvent établir par traité un mécanisme de stabilité européen en vue de s'accorder une assistance financière afin de garantir la stabilité de la zone euro et soumise à une stricte conditionnalité. L'arrêt *Gauweiler* traite du volet monétaire : dans l'exercice de la compétence de politique monétaire, la BCE peut adopter des mesures non conventionnelles sous la forme de programmes d'achats sur le marché secondaire de titres souverains émis par des États de la zone euro à la condition de respecter le principe de proportionnalité. Dans les deux cas, il s'agit de questions préjudicielles posées par le juge suprême en Irlande, ainsi que par la cour constitutionnelle en Allemagne.

L'arrêt *Pringle* revêt cependant une spécificité en ce que, de manière inédite, la question préjudicielle intervient dans le cadre du processus de révision du traité. La solution rendue par la Cour de justice était ainsi déterminante pour permettre l'aboutissement de la révision simplifiée puisqu'un constat d'invalidité de la décision du Conseil européen aurait interrompu le processus. Cela explique le choix de recourir à la procédure accélérée et la formation d'assemblée plénière.

Pour les deux arrêts, il est loisible d'établir un lien entre le parlement national et la question préjudicielle. Thomas Pringle est un parlementaire irlandais qui a introduit un recours à l'occasion de l'adoption des travaux parlementaires relatifs à l'approbation de la décision du Conseil européen et à la ratification du traité MES. La postérité de Peter

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Gauweiler tient au hasard du greffe puisqu'il n'est que le premier nom d'une liste de membres du *Bundestag* ayant, tout comme le parti *die Linke*, introduit un recours devant le Tribunal constitutionnel allemand. À la requête des parlementaires se sont ajoutées celles d'universitaires ; à l'origine de l'arrêt *Gauweiler* de la Cour de justice se trouvent ainsi cinq recours constitutionnels. Que des parlementaires soient notamment à l'origine des litiges ayant donné lieu aux deux questions préjudicielles est politiquement significatif pour des raisons opposées. L'affaire *Pringle* intervient au moment où l'Irlande est confrontée à une crise de dette souveraine, bénéficie d'une assistance financière et est soumise à ce titre à une conditionnalité politique. Celle-ci est mise en œuvre par des mesures nationales dont l'opportunité politique est débattue en raison de leurs impacts économiques et sociaux. L'affaire *Gauweiler* intervient alors que l'Allemagne n'est pas en crise de dette souveraine mais participe en tant que membre de la zone euro au financement des mécanismes d'assistance financière. Cette participation fait l'objet d'un intense débat politique, une partie de l'espace public contestant le financement des déficits des États peu vertueux de la zone euro.

Dans les deux affaires, la question posée est celle de la validité de deux types de mesures anti-crise qui prennent la forme d'un soutien à un État membre confronté à des difficultés financières telles qu'il ne parvient plus à se financer sur les marchés financiers. En droit, il était demandé à la Cour de justice de se prononcer sur le caractère valide ou invalide de mesures.

En cas d'invalidité dans l'affaire *Pringle*, le processus d'approbation par tous les États membres de la décision du Conseil européen aurait été interrompu, empêchant l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle. Malgré tout, la question se serait posée de savoir si forts de leur compétence de politique économique, les États de la zone euro auraient pu conclure le traité établissant le MES. À défaut d'article 136, paragraphe 3, TFUE, une incertitude juridique aurait persisté puisque l'article 125 TFUE interdit aux États membres de répondre des engagements d'un autre État membre. Dans l'arrêt *Pringle*, la Cour fournit également une interprétation de l'article 125 TFUE en ce sens qu'il ne s'oppose pas à l'établissement par les États de la zone euro du MES. L'interprétation inverse aurait signifié l'incompatibilité avec le droit de l'assistance financière accordée par les États membres au sein de la zone euro. D'un point de vue économique, cela aurait certainement alimenté les tensions spéculatives sur les États en difficultés financières et favorisé la crise de dette souveraine. La pression des marchés

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

financiers sur ces États se serait accentuée alimentant l'effet boule de neige de l'endettement. À court de liquidités, les autorités nationales risquaient de ne plus pouvoir honorer leurs engagements et, donc, de faire défaut.

Que ce serait-il passé si l'arrêt *Gauweiler* avait constaté l'invalidité du programme OMT et interprété les articles 123 et/ou 127 TFUE comme s'opposant à l'achat par la BCE, sur le marché secondaire, de titres souverains ? Dans la mesure où le programme OMT n'a jamais été appliqué et qu'il est devenu obsolète à compter de l'adoption par le BCE du *quantitative easing*, l'impact aurait été limité. Cependant, cela aurait créé un doute quant à la validité des mesures non conventionnelles de la BCE dont les rapports avec les marchés financiers auraient été altérés.

Tant l'arrêt *Pringle* que l'arrêt *Gauweiler* ont fait l'objet d'un communiqué de presse. La prise de position et les conclusions des avocats généraux ont également fait l'objet d'un communiqué de presse. Les deux arrêts ont été couverts par la presse généraliste et spécialisée dans l'ensemble des États membres. Ils l'ont été tout particulièrement dans les deux États à l'origine des litiges.

B. – Références expresses au contexte

On relève dans plusieurs arrêts le recours à des expressions comme « contexte » ou « cadre » dans lequel les mesures anti-crise ont été prises (21). Serait-ce à dire que la solution est déterminée par ce contexte ou cadre d'autant que celui-ci n'est autre que le vecteur de la prise en compte de la crise ?

Dans l'arrêt *Florescu*, la Cour de justice se réfère deux fois au contexte dans lequel la Roumanie a adopté la mesure contestée. La loi en cause visait « à rationaliser les dépenses publiques *dans un contexte exceptionnel* de crise globale sur les plans financier et économique » (point 56). La Cour ajoute : « *compte tenu du contexte économique particulier*, les États membres disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'ils adoptent des décisions en matière économique et qu'ils sont les mieux placés pour définir les mesures susceptibles de réaliser l'objectif poursuivi » (point 57, italiques ajoutés par nous).

Dans l'arrêt *Kotnik*, l'action de la Commission est « d'autant plus justifié[e] par la circonstance selon laquelle, *dans le cadre de la crise*

(21) Les références sont mises en exergue en italiques dans les citations des arrêts qui suivent.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

financière mondiale, qui a donné lieu à l'adoption de cette communication, l'économie de nombreux États membres a été affectée par des perturbations graves ». La Cour ajoute que « le recours à la base juridique de l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE est d'autant plus justifié par la circonstance selon laquelle, *dans le cadre de la crise financière mondiale*, qui a donné lieu à l'adoption de cette communication, l'économie de nombreux États membres a été affectée par des perturbations graves » (point 51, italiques ajoutés par nous).

Dans l'arrêt *Dowling*, la Cour rappelle que « l'ordonnance d'injonction a été adoptée *dans le contexte de la crise financière et économique* qui a amené l'Irlande à accorder, au cours de l'année 2008, des garanties importantes aux banques nationales affectées par cette crise et, à la fin de l'année 2010, lorsque la situation financière de ces banques continuait à se détériorer et menaçait également la stabilité financière de cet État membre, à demander une assistance financière de l'Union tout en s'engageant à restructurer et à recapitaliser le secteur bancaire national » (point 44, italiques ajoutés par nous).

Dans l'arrêt *Mallis*, la Cour précise dans le rappel des antécédents du litige que « [p]ar déclaration du 16 mars 2013, l'Eurogroupe a salué cet accord et évoqué certaines mesures d'ajustement prévues, parmi lesquelles la création d'une taxe sur les dépôts bancaires. L'Eurogroupe a indiqué que, *étant donné ce contexte*, l'octroi d'une assistance financière susceptible d'assurer la stabilité financière de la République de Chypre et de la zone euro était, en principe, justifié et a invité les parties intéressées à accélérer les négociations en cours » (point 26, italiques ajoutés par nous).

Dans l'arrêt *Ledra*, la Cour précise dans le rappel des antécédents du litige que « [l]a République de Chypre et les autres États membres dont la monnaie est l'euro sont parvenus à un accord politique sur le projet de protocole d'accord au mois de mars 2013. Par déclaration du 16 mars 2013, l'Eurogroupe a salué cet accord et a évoqué certaines mesures d'ajustement prévues, parmi lesquelles la création d'une taxe sur les dépôts bancaires. L'Eurogroupe a indiqué que, *eu égard à ce contexte*, il considérait que l'octroi d'une assistance financière susceptible d'assurer la stabilité financière de Chypre et de la zone euro était, en principe, justifié et a invité les parties intéressées à accélérer les négociations en cours » (point 16, italiques ajoutés par nous).

Dans l'arrêt *Gauweiler*, des « taux d'intérêt considérés comme extrêmes par la BCE » dont il faut « contribuer à la baisse de ces taux en dissipant les craintes injustifiées d'éclatement de la zone euro et, ainsi,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

[…] participer au recul voire à la disparition des primes de risque excessives » (point 76) ont constitué le « *contexte* » dans lequel « le SEBC était en droit de considérer qu'une telle évolution des taux d'intérêt est de nature à faciliter la transmission de la politique monétaire du SEBC et à préserver l'unicité de cette politique » (point 77). La Cour apprécie le respect de l'obligation de motivation « au regard non seulement du libellé de l'acte, mais aussi *de son contexte* ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée » (point 70).

Dans l'arrêt *AEMF*, la Cour de justice interprète l'article 114 TFUE en ce sens que « par l'expression « mesures relatives au rapprochement », les auteurs du traité FUE ont voulu conférer au législateur de l'Union, *en fonction du contexte général et des circonstances spécifiques de la matière* à harmoniser, une marge d'appréciation quant à la technique de rapprochement la plus appropriée afin d'aboutir au résultat souhaité, notamment dans des domaines qui se caractérisent par des particularités techniques complexes » (point 102, italiques ajoutés par nous). La matière étant celle des marchés financiers et le contexte général celui de l'instabilité financière, l'article 114 TFUE a été interprété par la Cour en ce sens qu'il fonde la compétence du législateur pour conférer à l'AEMF un pouvoir d'intervention. Dans l'arrêt *AEMF*, la Cour souligne que le législateur exerce son pouvoir d'harmonisation « en fonction du *contexte* général et des circonstances spécifiques de la matière à harmoniser » (point 102).

Enfin, dans l'arrêt *Pringle*, la Cour s'est limitée à rappeler le « *contexte* » (point 28) dans lequel les questions préjudicielles ont été posées par la *Supreme Court*.

À la surface du contexte affleurent les enjeux de chaque affaire. Cependant, les enjeux demeurent de l'ordre du non-dit. Quelle régulation des marchés financiers (AEMF) ? Quelle conditionnalité (*Florescu*, *Ledra*, *Mallis*, *Pringle*) ? Quelle politique monétaire (*Gauweiler*, *Pringle*) ? Quelle résolution bancaire (*Dowling*, *Kotnik*) ? Chaque question implique un choix sur l'opportunité duquel la Cour de justice ne se prononce pas. Au contraire, elle libère ce choix en se fondant sur le contexte qui relève quant à lui de ce qui est dit.

III. – Degré de contrainte

La contrainte juridique désigne le cadre normatif dans lequel la Cour de justice rend l'arrêt. Il convient d'identifier les dispositions du

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

droit de l'Union appliquées par la Cour de justice avant d'apprécier la cohérence de la jurisprudence. Ainsi, la marge d'appréciation de la Cour de justice est tributaire du degré de contrainte juridique.

A. – Identification des dispositions du droit de l'Union

1° – *Les affaires* Kotnik / Dowling

Dans l'arrêt *Kotnik*, la Cour de justice a apprécié la validité et a interprété une communication adoptée par la Commission européenne pour encadrer l'octroi des aides d'État au secteur bancaire (« communication bancaire » (22)) et que l'avocat général désigne comme constituant de la *soft law* (23). Si les actes hors nomenclature adoptés par la Commission pour s'autolimiter dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation de la compatibilité des aides d'État ont fait l'objet d'une jurisprudence abondante, la communication bancaire n'avait quant à elle pas été soumise à la Cour de justice.

Dans l'arrêt Dowling, elle a interprété les dispositions de la « deuxième directive » relative au droit des sociétés (24), dans un sens différent de celui retenu par un précédent arrêt (25).

2° – *Les affaires* Florescu, Ledra *et* Mallis

La Cour de justice ne s'était jamais prononcée sur la nature juridique du Protocole d'accord précisant la conditionnalité dont est assortie l'assistance financière. Dans l'arrêt *Florescu*, elle a interprété l'article 143 TFUE et le règlement (CE) n° 332/2002 qui fonde l'assistance financière et la conditionnalité concernant les États membres n'ayant pas adopté l'euro. La jurisprudence en la matière n'est pas évidente puisqu'on relève deux anciennes affaires concernant l'octroi du concours mutuel sur le fondement de l'ex-article 108 TCEE (26)

(22) Communication de la Commission concernant l'application, à partir du 1er août 2013, des règles en matière d'aides d'État aux aides accordées aux banques dans le contexte de la crise financière, *JOUE* n° C 216, 30 juillet 2013, p. 1.

(23) CJUE, *Kotnik e.a.*, aff. C-526/14, Conclusions Wahl, EU:C:2016:102, pts 25, 38 et 83.

(24) Deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, JOCE L 26/1 du 31 janvier 1977.

(25) CJCE, 12 mars 1996, *Pafitis e.a.*, aff. C-441/93, EU:C:1996:92.

(26) CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. 6/69, EU:C:1969:68. CJCE, 22 octobre 1974, *Demag*, aff. 27/74, EU:C:1974:104.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ainsi qu'un arrêt dans lequel la question est évoquée (27). En revanche, avant l'arrêt *Florescu*, on ne constate aucune occurrence du règlement (CE) n° 332/2002. Les arrêts *Mallis* et *Ledra* ont permis quant à eux de résoudre une question totalement inédite en explicitant la nature juridique de la conditionnalité cette fois dans la zone euro. À la différence du concours mutuel pour les États membres qui n'ont pas adopté l'euro qui est un mécanisme de droit de l'Union, l'assistance financière du MES ne fait pas partie intégrante du droit de l'Union. Elle correspond à la mise en œuvre par les États de la zone euro du Traité MES. Toutefois, cette mise en œuvre doit se faire dans le respect de l'article 136, paragraphe 3, TFUE. Le Traité MES prévoit de surcroît l'implication des institutions de l'Union (Commission et BCE) dans le respect des principes jurisprudentiels rappelés par l'arrêt *Pringle*. Pour mener à bien son raisonnement, la Cour de justice a interprété les dispositions de l'article 19 TUE. Enfin, dans les trois affaires, était alléguée par les requérants la violation de droits fondamentaux par les mesures de conditionnalité. En conséquence, la Cour de justice a interprété des dispositions de la Charte des droits fondamentaux.

3° – *L'affaire* AEMF

Les questions de droit étaient relatives à l'application des principes jurisprudentiels régissant la délégation de pouvoirs à des organes de l'Union par le législateur, tels qu'ils ont été consacrés par les arrêts *Meroni* (28) *et Romano* (29). La Cour de justice s'est également prononcée sur le choix de la base juridique en interprétant les articles 114 et 352 TFUE. Elle a enfin interprété les articles 290 et 291 TFUE. Sans être inédites, les questions de droit ont donné lieu à une évolution jurisprudentielle.

4° – *Les affaires* Pringle / Gauweiler

Les questions de droit étaient inédites dans les deux arrêts. La Cour de justice ne s'était jamais prononcée sur les règles de discipline budgétaire par le marché (articles 123 à 125 TFUE). Dans l'arrêt relatif au Pacte de stabilité de 2004 (30), elle n'avait fait application que de l'article 126 TFUE (interdiction des déficits excessifs) et du règlement

(27) CJCE, 9 juin 1982, *Commission c/ Italie*, aff. 95/81, EU:C:1982:216.
(28) CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute autorité*, aff. 9/56, EU:C:1958:7.
(29) CJCE, 14 mai 1981, *Romano*, aff. 98/80, EU:C:1981:104.
(30) CJCE, aff. C-27/04, EU:C:2004:436, précité.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

relatif à sa mise en œuvre (31). Dans l'arrêt *Pringle*, pour la première fois, elle a contrôlé un acte de droit dérivé adopté, sur le fondement de l'article 48, paragraphe 6, TUE, au titre de la procédure de révision simplifiée du Traité FUE. Elle a également interprété l'article 125 TFUE (clause de *no-bail out*). Elle n'avait pas encore eu l'occasion d'apprécier la validité de mesures de politique monétaire adoptées par la BCE qui était au cœur de l'arrêt *Gauweiler* dans lequel elle a aussi interprété les articles 119, 123 TFUE (financement monétaire) et 127 TFUE ainsi que les statuts du SEBC.

B. – Cohérence jurisprudentielle

Le degré de contrainte s'apprécie aussi en fonction de l'attitude retenue par la Cour de justice à l'égard de sa propre jurisprudence.

1° – *Les affaires* Florescu / Ledra / Mallis

Dans les arrêts *Mallis* / *Ledra*, s'est posée la question politique de l'imputabilité de la conditionnalité. On entend par question politique la circonstance que, dans l'espace public national et européen, la légitimité des mesures de conditionnalité est contestée posant la question de la responsabilité politique. Cela implique de déterminer le point d'imputation politique des mesures en cause qui est distincte, mais liée, à l'identification de l'imputabilité juridique desdites mesures. On rappelle que la conditionnalité est déterminée par un protocole d'accord qui est conclu entre l'État concerné, d'une part, et la Commission agissant au nom respectivement de l'Union pour les États membres n'ayant pas adopté l'euro et du MES pour les États membres ayant adopté l'euro, d'autre part. De cette implication de la Commission découle une incertitude juridique et institutionnelle. Dans les arrêts *Florescu* et *Ledra*, la question de l'imputabilité est étroitement liée à celle de l'applicabilité de la Charte au cas d'espèce ; les requérants contestaient en effet une violation des droits fondamentaux. Dans l'arrêt *Mallis*, était demandée l'annulation d'une déclaration de l'Eurogroupe concernant la mise en œuvre de la conditionnalité à Chypre ; les requérants alléguaient que cette déclaration constituait en réalité une décision imputable à la Commission et à la BCE au motif que ces deux institutions ont participé à l'élaboration du protocole d'accord.

(31) Règlement (CE) n° 1467/97 du Conseil du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, *JOCE* n° L 209, 2 août 1997, p. 6.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans la zone euro, l'implication de la Commission et de la BCE se justifie par l'article 136, paragraphe 3, TFUE. Celui-ci prévoit en effet que les États de la zone euro peuvent établir un mécanisme de stabilité en vue de l'octroi d'une assistance financière à l'un d'entre eux ; deux conditions sont fixées par l'article 136, paragraphe 3, TFUE, qui constitue la charnière normative entre le droit de l'Union et le traité international. D'une part, l'assistance financière ne peut être accordée que s'il est nécessaire à la stabilité de la zone euro dans son ensemble. D'autre part, elle doit être octroyée dans le respect d'une stricte conditionnalité exigée de l'État bénéficiaire. L'implication des deux institutions de l'Union s'explique dès lors par la nécessité de vérifier que ces conditions sont remplies. De manière plus générale, les conditions dans lesquelles les États membres peuvent recourir aux institutions de l'Union pour mettre en œuvre des accords qu'ils ont conclus entre eux ont été précisés par la Cour de justice dans des arrêts et avis rendus dans un autre contexte que celui de la crise (32). Ces conditions sont appliquées au Traité MES par la Cour de justice. L'article 13 du Traité MES explicite les tâches confiées à la Commission et à la BCE dans l'octroi de la stabilité financière en vue de garantir la stricte conditionnalité. Dans l'arrêt *Pringle*, la Cour de justice a rappelé les conditions dans lesquelles les États membres peuvent recourir à des institutions de l'Union pour la mise en œuvre d'un traité international qu'ils ont conclu entre eux. Elle se réfère explicitement à la jurisprudence *Pringle* dans les arrêts *Mallis* et *Ledra*. Dans le premier, cela lui permet d'exclure que la déclaration de l'Eurogroupe serait l'expression d'un pouvoir décisionnel de la BCE et de la Commission (points 53-57). Dans le second, cela lui permet au contraire de constater que la Commission a l'obligation de veiller à la compatibilité avec le droit de l'Union des protocoles d'accord (points 51-58). En conséquence, dans l'accomplissement de cette mission, la Commission doit respecter la Charte des droits fondamentaux.

Dans l'arrêt *Florescu*, la question s'est posée en termes différents puisque l'assistance financière a été octroyée à un État membre n'ayant pas adopté l'euro, mais en application du droit de l'Union. Il s'est ainsi agi de savoir si les mesures contestées constituaient une mise en œuvre du protocole d'accord conclu entre la Commission et la

(32) CJCE, 30 juin 1993, *Parlement c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-181/91 et C-248/91, *Rec.* p. I-3685 ; CJCE, 2 mars 1994, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-316/91, *Rec.* p. I-625 ; CJCE, Gde chbr., 20 mai 2008, *Commission c/ Conseil*, aff. C-91/05, *Rec.* p. I-3651 ; Avis 1/92, 10 avril 1992, *Rec.* p. I-2821 ; Avis 1/00, 18 avril 2002, *Rec.* p. I-3493 ; Avis 1/09, 8 mars 2011, *Rec.* p. I-1137.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Roumanie, ce que la Cour de justice n'a guère de difficultés à admettre en l'espèce. Rappelons que, conformément à l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, celle-ci s'applique aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Puisque la mesure d'interdiction de cumul vise des objectifs prévus par le protocole d'accord (réduction de la masse salariale du secteur public ; réforme du système des pensions), elle met en œuvre les engagements pris par la Roumanie dans le protocole d'accord, qui fait partie du droit de l'Union (point 47). Que la Roumanie dispose d'une marge de manœuvre pour mettre en œuvre la conditionnalité n'exclut pas que l'on demeure dans la mise en œuvre du droit de l'Union d'autant qu'en l'espèce, la conditionnalité prévue par le protocole d'accord s'avère suffisamment détaillée et précise (point 48). La solution emporte la conviction ; on peut néanmoins se demander pourquoi, à l'occasion de trois précédentes questions présentant des analogies avec l'affaire *Florescu*, la Cour de justice s'est déclarée par voie d'ordonnance manifestement incompétente (33). En revanche, cette incompétence était bien établie dans une autre affaire concernant le Portugal, la conditionnalité prévue dans la zone euro, faut-il rappeler, ne constitue pas du droit de l'Union (34).

2° – *Les affaires* Dowling / Kotnik

Dans l'arrêt *Dowling*, la Cour de justice retient une interprétation de la deuxième directive sociétés qui s'avère d'apparence différente de celle retenue dans une précédente affaire jugée en 1996. Cette évolution s'explique par la nature de mesure anti-crise que l'ordonnance d'injonction contestée devant le juge national en cause en l'espèce. La Cour de justice a ainsi insisté sur le fait que l'ordonnance d'injonction « constitue non pas un acte pris par un organe d'une société anonyme dans le cadre du fonctionnement ordinaire de celle-ci, mais une mesure exceptionnelle des autorités nationales visant à éviter, par le moyen d'une augmentation de capital, la défaillance d'une telle société qui, selon la juridiction de renvoi, menacerait la stabilité financière de l'Union » (point 50). Elle en déduit une interprétation des dispositions de la deuxième directive comme ne s'opposant pas « à une mesure exceptionnelle relative au capital social d'une société anonyme, telle

(33) CJUE, Ord., 14 décembre 2011, *Corpul Naţional al Poliţiştilor*, aff. C-434/11, EU:C:2011:830. CJUE, Ord., 10 mai 2012, *Corpul Naţional al Poliţiştilor*, aff. C-134/12, EU:C:2012:288. CJUE, Ord., 15 novembre 2012, *Corpul Naţional al Poliţiştilor*, aff. C-369/12, EU:C:2012:725.

(34) CJUE, Ord., 7 mars 2013, *Banco Português de Negócios SA*, aff. C-128/12, EU:C:2013:149.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

que l'ordonnance d'injonction, que les autorités nationales ont prise, dans une situation de perturbation grave de l'économie et du système financier d'un État membre, sans l'approbation de l'assemblée générale de cette société et dans le but d'éviter un risque systémique et d'assurer la stabilité financière de l'Union (voir, par analogie, arrêt du 19 juillet 2016, *Kotnik e.a.*, C-526/14, EU:C:2016:570, points 88 à 90) » (point 50).

La Cour insiste ainsi sur l'analogie avec l'arrêt *Kotnik* qu'elle cite déjà au point 49. Cette analogie avec l'arrêt *Kotnik* s'explique par la nécessité de maintenir une cohérence avec la jurisprudence précédente. Au point 53, la Cour affirme que

> « *L'interprétation qui précède n'est aucunement inconciliable avec celle retenue par la Cour dans l'arrêt du 12 mars 1996*, *Pafitis e.a.* (C 441/93, EU:C:1996:92), contrairement à ce que soutiennent les requérants au principal. En effet, *les éléments énoncés aux points 44 à 48 du présent arrêt distinguent la situation en cause au principal de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 12 mars 1996*, *Pafitis e.a.* (C 441/93, EU:C:1996:92), qui était caractérisée par l'insolvabilité d'une seule banque. Si la Cour a jugé que la deuxième directive continue de s'appliquer en cas de « simple régime d'assainissement » (arrêt du 12 mars 1996, *Pafitis e.a.*, C 441/93, EU:C:1996:92, point 57), elle ne s'est, toutefois, pas prononcée, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 45 de ses conclusions, sur les mesures d'assainissement *extraordinaires*, telles que l'ordonnance d'injonction visant à éviter, dans une situation de perturbation grave de l'économie nationale et du système financier d'un État membre, la défaillance d'une banque afin de préserver la stabilité financière de l'Union » (italiques ajoutés).

Ce sont donc les éléments du contexte qui justifie une différence d'interprétation de la directive dans les deux arrêts. La Cour relève tout particulièrement le caractère extraordinaire des mesures en cause dans l'arrêt *Dowling*. Enfin, ce dernier insiste sur une différence déterminante avec les mesures nationales contestées dans l'affaire *Pafitis e.a.* puisque celle-ci portait sur une période antérieure à l'entrée en troisième phase de l'UEM (point 54). Indéniablement, l'interprétation des dispositions du droit de l'Union depuis l'adoption de l'euro a nécessairement évolué.

L'arrêt *Kotnik* s'inscrit dans la continuité avec la jurisprudence relative aux aides d'État. La Cour a tout d'abord constaté que la communication adoptée par la Commission pour contrôler la compatibilité des aides d'État en matière bancaire ne s'impose pas aux États membres (points 35-45). En se référant à quelques rendus précédemment en la matière, elle a ensuite estimé que la communication bancaire respecte le principe de confiance légitime et le droit de propriété.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

3° – *L'affaire* AEMF

Dans l'arrêt *AEMF* s'est posée la question de la pertinence des jurisprudences *Meroni* et Romano. En ce qui concerne les conditions de l'arrêt *Meroni*, la Cour de justice les réaffirme tout en soulignant, au point 43, qu'une différence existe : « Il y a lieu d'observer que les organismes en cause, visés dans l'arrêt *Meroni c/ Haute Autorité*, précité, étaient des entités de droit privé, alors que l'AEMF est une entité de l'Union créée par le législateur de cette dernière ». L'arrêt vérifie ensuite que compte tenu de l'« ensemble des éléments » qu'elle a exposés, les pouvoirs dont dispose l'AEMF sont « encadrés de façon précise » (point 53). Très rapidement, la Cour envisage la question de la continuité avec l'arrêt *Romano* avec un raisonnement au terme duquel elle procède à une interprétation de cet arrêt (points 63-67).

4° – *Les affaires* Pringle / Gauweiler

Dans l'arrêt *Gauweiler*, la Cour de justice réitère une jurisprudence constante lui permettant d'appliquer au domaine de la politique monétaire le raisonnement au terme duquel elle conclut au « large pouvoir d'appréciation » de l'institution qui procède « à des choix de nature technique et à effectuer des prévisions et des appréciations complexes » (point 68). À plusieurs reprises, elle se fonde sur l'arrêt *Pringle* pour expliciter sa démarche dans la définition de la politique monétaire aux fins de délimiter ce domaine de compétence et de distinguer de celui de la politique économique (points 34-65).

Dans l'arrêt *Pringle*, la Cour s'inscrit également dans une continuité jurisprudentielle. Dans l'appréciation de la recevabilité, elle fait une application classique de l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* (points 38-41) (35). Elle se fonde également sur une jurisprudence bien établie pour valider l'implication des institutions par les États membres de la zone euro dans la mise en œuvre du Traité MES (points 68-69 et 158) (36).

* * *

(35) CJCE, 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, aff. C-188/92, *Rec.* p. I-833.

(36) CJCE, *Parlement c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-181/91 et C-248/91, EU:C:1993:271, précité ; CJCE, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-316/91, EU:C:1994:76, précité ; Avis 1/92, EU:C:1992:189, précité ; Avis 1/00, EU:C:2002:231, précité ; Avis 1/09, EU:C:2011:123, précité.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le cadre normatif dans lequel les arrêts en cause ont été rendus s'avère une contrainte relative. D'un côté, la Cour de justice se prononce sur des questions inédites ce qui s'explique logiquement puisque celles-ci ont émergé à la suite de crises. Elle a donc disposé nécessairement d'une marge de manœuvre. De l'autre côté, les arrêts se fondent sur des jurisprudences bien établies en s'inscrivant soit dans une stricte continuité, soit dans une relative rupture. On constate ainsi que le contexte de crise conduit la Cour de justice, sans procéder à un revirement, à adapter sa jurisprudence aux circonstances et aux nécessités. Les arrêts *Dowling* et *AEMF* sont particulièrement significatifs à cet égard.

La Cour de justice privilégie une approche qui, en termes de réflexion systémique, est autopoïétique : elle pratique la fermeture juridique en ce sens qu'elle s'efforce de raisonner en termes strictement juridiques, les arrêts prenant à cet égard un tour résolument pédagogique. Les arrêts *Pringle* et *Gauweiler* sont particulièrement révélateurs de cette démarche et constituent de véritables leçons de droit constitutionnel de l'UEM. L'arrêt *AEMF* s'inscrit aussi dans cette logique en révélant une autre manière de neutraliser la dimension politique de l'affaire : la Cour se place sur des terrains strictement institutionnels : 1) la délégation de pouvoirs par le législateur à un organe de l'Union ; 2) la mise en œuvre de l'article 114 TFUE comme base juridique. Les arrêts *Malis* et *Ledra* sont ambivalents, mais cela s'explique par les moyens juridiquement peu convaincants soulevés par les requérants : la Cour de justice saisit néanmoins l'occasion pour préciser la nature juridique de l'Eurogroupe et les règles d'imputabilité de la conditionnalité ; là encore le raisonnement est purement juridique et, si dans l'arrêt *Mallis*, la Cour rejette le recours en annulation manifestement infondée, dans l'arrêt *Ledra*, elle juge l'affaire au fond après cassation de l'arrêt du Tribunal, ce qui montre qu'il n'y a aucune velléité d'évitement de la Cour de justice. Dans l'arrêt *Florescu*, tenue par les questions préjudicielles posées par le juge roumain, la Cour répond en apportant des précisions juridiques et si, parfois, elle est conduite à apprécier des faits, c'est uniquement en fonction des éléments donnés par la juridiction de renvoi.

IV. – Motifs de l'arrêt

C'est bien entendu dans les motifs de l'arrêt que les éventuelles traces d'une motivation politique pourraient être repérées.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

A. – Compétence et recevabilité

Que la Cour de justice se considère compétente ou qu'elle constate la recevabilité d'un recours ou d'une question n'est pas anodin.

1° – *Recours en annulation et recours en indemnité :* AEMF / Mallis / Ledra

À l'exception de l'ordonnance *Städter* sur laquelle on ne s'attardera pas, tant la forclusion était patente (37), les deux arrêts rendus sur recours en annulation ne posent guère de difficultés.

Dans l'affaire *AEMF*, aucun problème n'est relevé ; on constatera simplement que la Cour prend le soin de souligner que « [s]'agissant de l'objet du recours, il convient d'observer que le requérant ne cherche que l'annulation de l'article 28 du règlement no 236/2012 et ne met pas en cause l'établissement de l'AEMF » (point 26). La précaution s'explique parce qu'un doute aurait pu exister quant à la base juridique – article 114 TFUE – du règlement de 2010 ayant établi l'AEMF ; ce faisant, la Cour écarte toute spéculation quant à la pérennité de cette autorité.

Dans l'affaire *Mallis*, la Commission et la BCE ont excipé de l'irrecevabilité des pourvois « au motif que les requérants se borneraient, pour l'essentiel, à reproduire les moyens et les arguments qu'ils ont déjà présentés devant le Tribunal et qu'ils contestent les appréciations de nature factuelle effectuées par le Tribunal en ce qui concerne les différents éléments de preuve apportés » (point 31). Après avoir rappelé les conditions de recevabilité des pourvois, la Cour considère en l'espèce que « les requérants tendent, par leurs moyens, à démontrer une absence ou une insuffisance de motivation des ordonnances attaquées et mettent en doute la réponse que le Tribunal a expressément donnée à des questions de droit, lesquelles peuvent faire l'objet d'un contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi » (point 37). Elle ajoute que « sont identifiés dans les pourvois les points de motifs contestés des ordonnances attaquées et les moyens et arguments de droit permettant à la Cour d'exercer son contrôle de légalité en droit » (point 38).

Dans l'affaire *Ledra*, la Commission et la BCE ont également soulevé l'irrecevabilité du pourvoi selon des arguments analogues à ceux de l'arrêt *Mallis*. La Cour estime le pourvoi recevable malgré, prend-elle la peine de préciser, une « structure de l'argumentation » qui « manque de rigueur » (point 40).

(37) CJUE, 15 novembre 2012, *Städter c/ BCE*, aff. C-102/12 P, EU:C:2012:723, précitée.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2° – *Question préjudicielle en interprétation* (Florescu / Kotnik / Dowling)

Dans les arrêts rendus sur question préjudicielle en interprétation, ni la compétence ni la recevabilité n'ont posé de difficultés. Rien n'est dit sur ce point dans les arrêts *Florescu* et *Kotnik*. Dans l'arrêt *Dowling*, la Cour se contente de reformuler légèrement les questions posées par le juge irlandais en prenant cependant le soin de préciser le contexte dans lequel l'ordonnance d'injonction a été mise en cause devant la juridiction de renvoi. Ainsi, pour la Cour, la question est de savoir si les dispositions de la deuxième directive sociétés doivent être interprétées « en ce sens qu'elles s'opposent à une mesure, telle que l'ordonnance d'injonction en cause au principal, adoptée *dans une situation de perturbation grave de l'économie et du système financier d'un État membre qui menace la stabilité financière de l'Union* et ayant pour effet d'augmenter le capital d'une société anonyme, sans l'accord de l'assemblée générale de celle-ci, en émettant de nouvelles actions pour un montant inférieur à leur valeur nominale et sans droit de souscription préférentiel des actionnaires existants » (point 43, italiques ajoutés).

3° – *Question préjudicielle en appréciation de validité* (Pringle / Gauweiler)

C'est finalement dans les arrêts rendus sur question préjudicielle en appréciation de validité que la compétence et la recevabilité ont posé le plus de difficultés.

Dans l'affaire *Pringle*, un problème de taille se posait puisque le recours en annulation était intenté à l'encontre de la décision adoptée par le Conseil européen en application de l'article 48, paragraphe 2, TUE au titre de la procédure de révision simplifiée. Sur la compétence de la Cour, dix États membres, le Conseil européen et la Commission ont soutenu que la Cour ne pouvait répondre à la question préjudicielle en appréciation de validité au motif que celle-ci aurait porté sur la validité du droit primaire (point 30). La Cour s'estime néanmoins compétente ; après avoir rappelé que le Conseil européen est une institution de l'Union dont elle peut examiner la validité des décisions, en vertu de l'article 267, premier alinéa, sous b), elle précise qu'il lui revient de vérifier si les conditions de procédure et de fond posées par l'article 48, paragraphe 6, TUE ont été respectées afin de constater que la procédure de révision simplifiée peut être appliquée. Au titre de l'office que

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

lui assigne l'article 19, paragraphe 1, premier alinéa, TUE, d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités, la Cour est compétente pour examiner la validité d'une décision du Conseil européen fondée sur l'article 48, paragraphe 6, TUE. Le point 36 de l'arrêt précise l'étendue de ce contrôle : la Cour vérifie que les règles de procédure ont été respectées, que l'objet des modifications est limité à la troisième partie du TFUE, qu'aucune disposition des traités n'est modifiée et que les compétences de l'Union ne sont pas accrues. Sur la recevabilité, l'Irlande invoquait la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf*. La Cour écarte l'argument au motif qu'il n'apparaît pas que M. Pringle n'aurait été sans aucun doute recevable à introduire un recours en annulation au titre de l'article 263 TFUE contre la décision du Conseil européen.

Dans l'arrêt *Gauweiler*, a émergé une première difficulté dont la singularité tient à l'origine de la question préjudicielle. Le Bundesverfassungsgericht a en effet rendu une décision de renvoi particulièrement motivée dans laquelle il sous-entendait se laisser la faculté de ne pas appliquer la solution retenue par la Cour de justice dans l'hypothèse où celle-ci remettrait en cause la loi fondamentale et l'identité constitutionnelle allemandes. L'Italie a soutenu que la Cour ne pouvait examiner la question « dans la mesure où la juridiction de renvoi ne reconnaît pas une valeur interprétative définitive et contraignante à la réponse apportée par la Cour à cette demande » (point 11). Après avoir précisé que la solution de l'arrêt *Kleinwort Benson* (38) n'était pas pertinente en l'espèce, la Cour souligne qu'il appartient au juge de renvoi d'apprécier au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour (point 15). L'arrêt rappelle enfin sa jurisprudence constante selon laquelle un arrêt rendu à titre préjudiciel par la Cour lie le juge national, quant à l'interprétation ou à la validité des actes des institutions de l'Union en cause, pour la solution du litige au principal (point 16). La recevabilité de la demande préjudicielle ou de certaines de ses questions a également contestée tant par des États membres que par les institutions de l'Union. Il a été avancé le caractère factice et artificiel du litige au principal et la nature hypothétique des questions posées. C'est au juge national, répète la Cour, d'assumer « la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité

(38) Aff. C-346/93, EU:C:1995:85.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation ou sur la validité d'une règle de droit de l'Union, la Cour est, en principe, tenue de statuer » (point 24). La Cour cite à cet égard l'arrêt *Melloni* ce qui n'est pas innocent, soulignant peut-être ainsi la portée constitutionnelle de sa solution (39). Elle reprend sa jurisprudence constante sur l'irrecevabilité préjudicielle aiguillée par la présomption de pertinence dont bénéficient les questions préjudicielles et qui découle de la compétence du juge national (point 26). La Cour écarte ensuite un argument soulevé par les gouvernements grec et finlandais selon lequel le programme OMT annoncé dans le communiqué de presse n'a pas été mis en œuvre et ne pourrait l'être qu'après l'adoption de nouveaux actes juridiques. La Cour de justice écarte cet argument en insistant sur l'office de protection des droits fondamentaux du juge constitutionnel allemand. Peu importe que le programme OMT n'ait pas été appliqué ou qu'il aurait pu l'être avec l'adoption d'autres actes juridiques ; l'appréciation et l'interprétation par la Cour de justice de la décision du Conseil des gouverneurs répondent « à un besoin objectif pour la solution des litiges » soumis au Tribunal constitutionnel (point 28) et permet ainsi d'assurer une « protection juridictionnelle préventive » (point 27).

Dans l'arrêt *Kotnik*, la Slovénie et la Commission doutaient de la recevabilité de deux des questions préjudicielles relatives à la validité des points 40 à 46 de la communication bancaire, « dans la mesure où cette communication ne produirait pas d'effets de droit directement à l'égard des tiers » (point 31). La Cour rappelle cependant la « toile de fond » de l'affaire – autre expression pour dire contexte ? – qui n'est autre que l'octroi d'aides d'État par le gouvernement slovène « dans le but d'assurer le redressement du système bancaire national » (point 32). La précision de ce but n'est là encore pas anodine, mais permet d'insister sur la dimension systémique de l'affaire. La Cour répond que la question « porte sur la conformité à plusieurs dispositions du droit de l'Union de la condition de répartition des charges associant les actionnaires et les créanciers subordonnés que la Commission a posée, afin de pouvoir considérer, en application de l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE, que les aides d'État accordées dans le secteur bancaire sont compatibles avec le marché intérieur. La validité d'une telle condition doit pouvoir être contrôlée par la Cour dans le cadre de la procédure prévue

(39) CJUE, *Melloni*, aff. C-399/11, EU:C:2013:107.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à l'article 267 TFUE, ce qui est précisément l'objet des deuxième à cinquième questions préjudicielles » (point 33). La Cour ne répond donc pas directement à la question de l'appréciation de validité d'un acte de *soft law* qui, par définition, ne produit pas d'effets contraignants. Cependant, la question n'est pas celle de la validité de l'acte de soft law, mais celle du contrôle par la Cour de la mise en œuvre par la Commission de son pouvoir d'appréciation de la compatibilité des aides d'État.

B. – Méthodes d'interprétation

Les arrêts étudiés ont comme caractéristiques communes de présenter un raisonnement de nature systémique et / ou téléologique aux fins de justifier les mesures anti-crise.

1° – *Identification de l'objectif par référence aux travaux préparatoires :* Gauweiler / Pringle

Dans les arrêts *Pringle* et *Gauweiler*, on relève une référence aux travaux préparatoires du Traité, ce qui n'est guère commun dans la jurisprudence de la Cour de justice, pour apprécier la compatibilité avec les dispositions du traité des dispositifs anti-crise ; pour être plus précis, cette méthode d'interprétation est mobilisée lorsqu'il s'agit de résoudre la question juridiquement la plus épineuse de l'arrêt.

Dans l'arrêt *Pringle*, la Cour devait interpréter l'article 125 TFUE : cette clause dite de *no-bail out* prévoit que ni l'Union ni les États membres ne répondent des engagements d'un autre État membre. De prime abord, l'établissement d'un mécanisme dont l'objet est pour les États de la zone euro d'octroyer une assistance financière à celui des États qui connaît des difficultés financières pose un problème de compatibilité avec l'article 125 TFUE. La Cour de justice fournit cependant une autre interprétation. Dès le point 133, elle affirme : « pour déterminer les formes d'assistance financière qui sont compatibles avec l'article 125 TFUE, il y a lieu de s'attacher à l'objectif poursuivi par cet article ». Pour identifier l'objectif, la Cour rappelle « que l'interdiction prévue à l'article 125 TFUE trouve son origine dans l'article 104 B du traité CE (devenu article 103 CE), qui a été inséré dans le traité CE par le traité de Maastricht » (point 134). Elle ajoute qu' « il ressort des travaux d'élaboration de ce dernier traité que l'article 125 TFUE vise à assurer que les États membres respectent une politique budgétaire saine (voir le projet de traité portant révision du traité instituant la Communauté économique européenne en vue de la mise en place d'une

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Union économique et monétaire, *Bulletin des Communautés européennes*, supplément 2/91, p. 22 et 52). En effet, l'interdiction énoncée à l'article 125 TFUE garantit que les États membres restent soumis à la logique du marché lorsqu'ils contractent des dettes, celle-ci devant les inciter à maintenir une discipline budgétaire. Le respect d'une telle discipline contribue à l'échelle de l'Union à la réalisation d'un *objectif supérieur*, *à savoir le maintien de la stabilité financière de l'Union monétaire* » (point 135, italiques ajoutés). La Cour en tire la conséquence que l'article 125 TFUE « interdit à l'Union et aux États membres l'octroi d'une assistance financière qui aurait pour effet de porter atteinte à l'incitation de l'État membre bénéficiaire de cette assistance à mener une politique budgétaire saine » (point 136). En revanche, il « n'interdit pas l'octroi d'une assistance financière par un ou plusieurs États membres à un État membre qui demeure responsable de ses propres engagements à l'égard de ses créanciers et pourvu que les conditions attachées à une telle assistance sont de nature à inciter ce dernier à mettre en œuvre une politique budgétaire saine » (point 137).

Dans l'arrêt *Gauweiler*, la Cour procède de la même façon cette fois pour interpréter l'article 123 TFUE. Ainsi, « en vue de déterminer les formes d'acquisitions d'obligations souveraines qui sont compatibles avec cette disposition, il y a lieu de prendre en considération l'objectif poursuivi par celle-ci (voir, par analogie, arrêt *Pringle*, C-370/12, ECLI :EU:C:2012:756, point 133) » (point 98). On retrouve ensuite la même phraséologie de l'arrêt *Pringle* : « il doit être rappelé que l'interdiction prévue à l'article 123 TFUE trouve son origine dans l'article 104 du traité CE (devenu article 101 CE), qui a été inséré dans le traité CE par le traité de Maastricht » (point 99). « Or, il ressort des travaux d'élaboration de ce dernier traité que l'article 123 TFUE vise à inciter les États membres à respecter une politique budgétaire saine en évitant qu'un financement monétaire des déficits publics ou un accès privilégié des autorités publiques aux marchés financiers ne conduise à un endettement excessif ou à des déficits excessifs des États membres (voir le projet de traité portant révision du traité instituant la Communauté économique européenne en vue de la mise en place d'une Union économique et monétaire, *Bulletin des Communautés européennes*, supplément 2/91, pp. 22 et 52) » (point 100). La Cour en tire la conclusion que pour ne pas contourner l'interdiction de l'article 123 TFUE, la BCE « doit entourer son intervention de garanties suffisantes pour concilier celle-ci avec l'interdiction du financement monétaire découlant de l'article 123, paragraphe 1, TFUE » (point 102).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2° – *Référence aux considérants des actes législatifs :* AEMF

Dans l'arrêt *AEMF*, la Cour se contente de constater que les règlements établissant le SESF « font partie d'un ensemble d'instruments de régulation adoptés par le législateur de l'Union afin que cette dernière, *compte tenu de l'intégration des marchés financiers internationaux et du risque de contagion des crises financières*, puisse œuvrer en faveur d'une stabilité financière internationale, comme l'indique le considérant 7 du règlement n° 1092/2010 » (point 84, italiques ajoutés).

3° – *Références aux conclusions des avocats généraux*

Des références sont faites aux conclusions des avocats dans les arrêts de la jurisprudence de crise. Elles demeurent sporadiques et constituent, *a priori*, le moyen pour la Cour de justice de consolider sa perception strictement juridique de questions que d'aucuns qualifieraient de politiques.

Dans l'arrêt *Florescu*, la référence aux conclusions vise à expliciter, sans qu'en soit tirée une qualification générale, la nature du protocole d'accord conclu entre la Commission et la Roumanie. Pour la Cour, « ainsi que l'a relevé l'avocat général (…) le protocole d'accord constitue la concrétisation d'un engagement entre l'Union et un État membre sur un programme économique, négocié par ces parties, par lequel cet État membre s'engage à respecter des objectifs économiques préalablement définis afin de pouvoir bénéficier, sous réserve du respect de cet engagement, du concours financier de l'Union » (point 34). Cette précision ne permet pas de conclure à la nature juridique précise du protocole d'accord. Il ressort une seule certitude de l'arrêt *Florescu* : le protocole d'accord constitue un acte juridique de l'Union puisqu'il puise sa base juridique dans des dispositions du droit primaire et du droit dérivé de l'Union (points 31 et 35). En revanche, la singularité de cet acte juridique de l'Union n'est nullement explicitée. On rappelle que la nature singulière de cet acte tient aux modalités de son élaboration – un engagement réciproque sur les mesures que l'État s'engage à mettre en œuvre pour que l'Union verse l'assistance financière – ainsi qu'aux conséquences du non-respect par l'État membre de la conditionnalité – l'Union cesse d'accorder l'assistance financière. À la lecture de l'arrêt *Florescu*, on ne comprend pas explicitement si le protocole d'accord constitue un acte unilatéral conditionnel de l'Union européenne ou s'il s'agit d'un acte conventionnel conclu entre l'Union et un État membre. La précision est d'importance si l'on cherche à résoudre la question de l'imputabilité du

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

protocole d'accord. Finalement, l'écueil est évité puisqu'en l'espèce, ce sont les mesures nationales de mise en œuvre du protocole d'accord qui font l'objet d'une appréciation par la Cour de justice.

Dans les arrêts dans lesquels sont alléguées des violations des droits fondamentaux, on constate que la Cour de justice évoque les conclusions des avocats généraux pour fonder, en partie du moins, la mise en balance opérée. Dans l'arrêt *Florescu*, la Cour de justice se fonde également sur les conclusions de l'avocat général pour affirmer que la disposition législative roumaine respecte le contenu essentiel du droit de propriété (point 55). Dans l'arrêt *Kotnik*, les conclusions justifient également la mise en balance entre les mesures de *bail in* et le droit de propriété : « De telles mesures peuvent ainsi être adoptées volontairement par les actionnaires et par voie d'un accord entre l'établissement de crédit concerné et ses créanciers subordonnés, ce qui ne saurait être considéré comme une ingérence dans leur droit de propriété » (point 72). Dans l'arrêt *Ledra*, en se fondant sur les conclusions de l'avocat général, la Cour affirme que la Charte des droits fondamentaux s'impose aux institutions de l'Union, même lorsque celles-ci agissent en dehors du cadre juridique de l'Union (point 67). La précision est déterminante en ce qu'elle permet à la Cour de justice de contrôler l'exercice par la Commission et la BCE de leurs tâches dans la mise en œuvre de la conditionnalité dans la zone euro.

Dans l'arrêt *Dowling*, la Cour de justice justifie la nouvelle interprétation de la deuxième directive sociétés en prenant appui sur les conclusions de l'avocat général ; celles-ci lui permettent de souligner que les « mesures d'assainissement [étaient] extraordinaires » en ce qu'elles visaient « à éviter, dans une situation de perturbation grave de l'économie nationale et du système financier d'un État membre, la défaillance d'une banque afin de préserver la stabilité financière de l'Union » (point 53). Dans l'arrêt *Kotnik*, la Cour de justice renvoie aux conclusions de l'avocat général à trois reprises pour insister sur le caractère systémique des mesures prises au titre de la communication bancaire. Premièrement, elle justifie le recours par la Commission à la base juridique de l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE « par la circonstance selon laquelle, dans le cadre de la crise financière mondiale, qui a donné lieu à l'adoption de cette communication, l'économie de nombreux États membres a été affectée par des perturbations graves » (point 51). Deuxièmement, « l'objectif consistant à garantir la stabilité du système financier tout en évitant des dépenses publiques excessives et en minimisant les distorsions de la concurrence constitue

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

un intérêt public supérieur de cette nature » (point 69). Troisièmement, comme dans l'arrêt *Dowling*, il est justifié de s'écarter de l'interprétation de la deuxième directive sociétés donnée par l'arrêt *Pafitis* de 1996 pour souligner, d'un côté, que les circonstances sont différentes puisque depuis l'UEM est entrée en troisième phase et, de l'autre côté, que « Bien qu'il y ait un intérêt général clair à garantir à travers l'Union une protection forte et cohérente des investisseurs, cet intérêt ne peut pas être considéré comme primant en toutes circonstances sur l'intérêt général consistant à garantir la stabilité du système financier » (point 91). Une ultime référence est faite aux conclusions pour une question plus technique d'interprétation de la directive (point 113).

Dans l'arrêt *Mallis*, les conclusions de l'avocat général appuient l'argumentation de la Cour de justice visant à ne pas assimiler l'Eurogroupe à une formation du Conseil ni être qualifié d'organe ou d'organisme de l'Union au sens de l'article 263 TFUE (point 61). Alors que la réponse est évidente eu égard au libellé de l'article 137 TFUE et du protocole n° 14, l'arrêt renvoie aux dix points des conclusions consacrées à cette question. Il y a une claire volonté de faire œuvre pédagogique par ce renvoi et de motiver les raisons pour lesquelles les déclarations de l'Eurogroupe ne constituent ni un acte juridique attaquable ni l'expression d'un pouvoir décisionnel exercé par la Commission et la BCE. Dans l'arrêt *Ledra*, la Cour renvoie à un point des conclusions pour souligner, à notre sens toujours une évidence, que « la circonstance qu'une ou plusieurs institutions de l'Union puissent jouer un certain rôle dans le cadre du MES ne modifie pas la nature des actes du MES, qui ne relèvent pas de l'ordre juridique de l'Union » (point 54).

Enfin, dans l'arrêt *Gauweiler*, la référence aux conclusions permet à la Cour de fonder la conciliation opérée entre l'achat, en application des articles 127, paragraphe 1, TFUE et 18 des statuts, d'obligations souveraines sur les marchés secondaires, et l'interdiction du financement monétaire découlant de l'article 123 TFUE ; la conciliation implique, selon l'avocat général, que la BCE « doit entourer son intervention de garanties suffisantes » (point 102). C'est également un renvoi aux conclusions de l'avocat général qui permet à la Cour d'écarter l'argument avancé par le juge de renvoi selon lequel, « malgré ces garanties », l'intervention de l'Eurosystème demeure de nature à avoir une « certaine influence sur le fonctionnement des marchés primaire et secondaires de la dette souveraine » (point 108). « Néanmoins, cette circonstance n'est pas décisive puisque cette influence constitue, comme l'a relevé M. l'avocat général (…), un effet inhérent aux acquisitions sur les

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

marchés secondaires autorisées par le traité FUE, effet au demeurant indispensable pour permettre l'utilisation efficace de ces acquisitions dans le cadre de la politique monétaire » (point 158).

C. – Fermeture juridique

Par fermeture juridique, on qualifie la démarche de la Cour de justice consistant à épurer le raisonnement de considérations extra-systémiques pour se prononcer uniquement en droit de l'Union en épurant de la sorte l'arrêt de considérations factuelles. La jurisprudence de crise est topique de cette démarche qui se manifeste par des rapports de systèmes, soit juridiques (1), soit sociaux (2).

1° – *Rapports de systèmes juridiques*

Un moyen de procéder à la fermeture juridique consiste à tirer toutes les conséquences des rapports de système, que ceux-ci soient d'intégration pour le droit national ou d'autonomie pour le droit international. Est à cet égard particulièrement éclairante la jurisprudence relative à la conditionnalité. Une distinction doit néanmoins être établie selon que la conditionnalité concerne un État membre n'ayant pas adopté l'euro ou faisant partie de la zone euro. La Cour de justice opère par un renvoi au droit national pour les États membres n'ayant pas adopté l'euro et au droit international pour ceux de la zone euro.

Lorsque l'État membre n'a pas adopté l'euro, l'assistance financière lui est octroyée en application de l'article 143 TFUE et du règlement (CE) n° 332/2002. Ainsi que l'arrêt *Florescu* le dit expressément, la conditionnalité est régie par le droit de l'Union et le protocole d'accord conclu entre la Commission et l'État membre concerné constitue un acte juridique de droit de l'Union. Les mesures nationales adoptées dans le cadre du protocole d'accord relèvent de la mise en œuvre du droit de l'Union. Cependant, qu'une mesure anti-crise soit prise au titre de la conditionnalité ne signifie pas qu'elle corresponde nécessairement à l'exécution d'une obligation imposée par le protocole d'accord. La Cour de justice constate certes que le protocole d'accord comporte « un certain nombre d'exigences en matière de politiques économiques » (point 38) et que le versement de chaque tranche de l'assistance financière est effectué sous réserve « de la mise en œuvre satisfaisante du programme économique du gouvernement roumain » en fonction de « critères spécifiques de politique économique, de nature budgétaire ou qualitative, qui sont détaillés à l'annexe I dudit protocole, et auxquels

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la Roumanie doit satisfaire dans le cadre des objectifs de ce programme, à savoir l'assainissement budgétaire, la gouvernance budgétaire, la politique monétaire et la réglementation du secteur financier ainsi que, enfin, la réforme structurelle » (point 39). Après avoir reconnu au protocole d'accord un caractère contraignant, la Cour de justice ajoute que celui-ci « ne comporte aucune disposition spécifique imposant l'adoption de la législation nationale en cause au principal » (point 41). En effet, le point 5, sous b), quatrième alinéa, du protocole d'accord prévoit que « le système des pensions de retraite doit être réformé, au moyen notamment de mesures comme le recul de l'âge de départ à la retraite ou l'indexation du montant de ces pensions du secteur public sur les prix à la consommation ». La législation nationale en cause devant le juge de renvoi « prévoit l'interdiction de cumuler la pension nette de retraite dans le secteur public avec les revenus tirés d'activités exercées auprès d'institutions publiques si le niveau de celle-ci dépasse le niveau de salaire moyen brut national qui a servi de base pour l'établissement du budget de la sécurité sociale de l'État ». La Cour se contente ainsi de constater que le protocole d'accord n'impose pas la législation nationale contestée. Les mesures anti-crise en cause sont donc imposées par le droit national.

Dans l'arrêt *Dowling*, la Cour de justice se réfère aux éléments fournis par le juge de renvoi pour insister sur l'existence d'une crise. Elle indique en effet que « les mesures d'assainissement extraordinaires, telles que l'ordonnance d'injonction visant à éviter, dans une situation de perturbation grave de l'économie nationale et du système financier d'un État membre, la défaillance d'une banque afin de préserver la stabilité financière de l'Union » (point 53).

En revanche, et paradoxalement pour les États membres ayant adopté l'euro, la conditionnalité est certes une exigence consacrée par l'article 136, paragraphe 3, TFUE, mais s'avère formalisée par un protocole d'accord qui ne constitue pas du droit de l'Union. Dans les arrêts *Ledra* et *Mallis*, la Cour de justice se limite à une lecture des traités UE et FUE pour expliciter l'imputabilité juridique de la conditionnalité. En faisant preuve d'une réelle pédagogie, elle éclaire les rapports complexes qui existent entre le MES et les institutions de l'Union dont l'Eurogroupe constitue le pivot informel.

Dans l'arrêt *Mallis*, la Cour rejette le pourvoi en évitant, à juste titre, la question politique de l'imputabilité de la conditionnalité dans la zone euro. Politiquement, l'imputabilité pose le problème démocratique de la responsabilité. C'est en droit uniquement que la Cour se prononce

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

en accomplissant l'office que lui confère l'article 263 TFUE au titre du recours en annulation et en appréciant les moyens avancés dans le pourvoi. La Cour considère que le Tribunal a suffisamment et correctement motivé son ordonnance. Il faut dire que l'argumentation des requérants n'était pas d'une rigueur juridique absolue. Le Tribunal avait exclu que la déclaration de l'Eurogroupe contestée puisse être imputée à la Commission et à la BCE. Il est parvenu à cette occasion en se fondant sur l'article 137 TFUE et sur le Protocole n° 14 dont il ressort clairement que l'Eurogroupe est une « réunion informelle » au sein de laquelle les ministres de la zone euro « se réunissent entre eux de façon informelle » ; c'est donc un « forum de discussion » et non un « organe décisionnel ». De manière surabondante, le Tribunal a ajouté que l'Eurogroupe n'étant pas un organe décisionnel, sa déclaration ne produit pas d'effets juridiques. Il interprète également les dispositions du Traité MES comme excluant que la déclaration de l'Eurogroupe qui serait juridiquement l'expression de la volonté du MES serait imputable à la Commission et à la BCE, au motif que celles-ci sont chargées par le MES de la mise en œuvre de la conditionnalité. Le raisonnement du Tribunal, corroboré par la Cour, s'avère juridiquement incontestable. Tout aussi fantaisiste s'est avérée l'argumentation des requérants selon laquelle la déclaration de l'Eurogroupe matérialiserait, eu égard au contexte de son adoption et au mode de fonctionnement de l'Eurogroupe, une décision commune de la Commission et de la BCE. D'un point de vue contentieux, la question est celle de l'acte à l'encontre duquel le recours en annulation est ouvert ; ne peuvent être attaqués, rappelle la Cour, que les « actes pris par les institutions de l'Union, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique » (point 51) ; la formule est on ne peut plus classique en contentieux de l'annulation et puisque la déclaration ne produit pas d'effets juridiques, on aurait pu en rester là. Cependant, la Cour écarte ce moyen qui, manifestement, relève d'un contre-sens juridique majeur, en prenant le soin de motiver sa décision de rejeter le pourvoi en consacrant dix points de l'arrêt à la question. L'occasion est saisie par la Cour de justice pour revenir sur le rôle dévolu à la Commission et à la BCE dans la mise en œuvre de la conditionnalité octroyée par le MES. La Cour reprend explicitement le raisonnement mené dans l'arrêt *Pringle* (point 161). Dans le respect du droit de l'Union, les États de la zone euro ont confié par le Traité MES certaines tâches à la Commission et la BCE ; ces tâches « ne comportent l'exercice d'aucun pouvoir décisionnel

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

propre » et « les activités exercées par ces deux institutions dans le cadre de ce traité n'engagent que le MES » (point 53). Ces tâches sont décrites au point 54 de l'arrêt : elles consistent en particulier pour la Commission à négocier et à conclure le protocole d'accord, au nom du MES ainsi qu'à veiller au respect de la conditionnalité dont est assortie l'assistance financière (les tâches de la BCE sont analogues à celles de la Commission mais ne comportent pas la conclusion du protocole). Il est dès lors patent que la déclaration ne peut d'aucune façon être imputée à ces deux institutions ; la Cour s'attarde néanmoins sur cette question aux points 57 à 59.

Dans l'affaire *Ledra*, une question politique analogue à celle de l'arrêt *Mallis* s'est posée. À qui est imputable la conditionnalité ? Aussi la Cour reprend-elle quasiment mot pour mot la motivation de l'arrêt *Mallis* : la conditionnalité n'est pas imputable juridiquement à la BCE et à la Commission. Les institutions accomplissent les tâches qui leur sont dévolues par le Traité MES, qui ne comportent « aucun pouvoir décisionnel propre » et qui n'engagent que le MES (point 53). La Cour ajoute une précision par rapport à l'arrêt *Mallis* : « la circonstance qu'une ou plusieurs institutions de l'Union puissent jouer un certain rôle dans le cadre du MES ne modifie pas la nature des actes du MES, qui ne relèvent pas de l'ordre juridique de l'Union » (point 54). En revanche, la Cour conclut à l'erreur de droit du Tribunal au motif que celui-ci a rejeté le recours en indemnité s'estimant incompétent. Il convient de rappeler qu'à la différence de l'arrêt *Mallis*, dans l'arrêt *Ledra*, les requérants ont intenté un recours en indemnité à l'encontre de la BCE et de la Commission. Or, la responsabilité de l'Union peut être engagée du fait d'une violation suffisamment caractérisée par une institution de l'Union du droit de l'Union. Ainsi que la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Pringle* qu'elle vise expressément à plusieurs reprises dans l'arrêt *Ledra*, « les tâches confiées à la Commission et à la BCE dans le cadre du traité MES ne dénaturent pas les attributions que les traités UE et FUE confèrent à ces institutions » (point 56). En vertu de l'article 17, paragraphe 1, TUE, la Commission « promeut l'intérêt général de l'Union » et « surveille l'application du droit de l'Union » (point 57). En vertu de l'article 13, paragraphes 3 et 4, du Traité MES, la Commission doit « veiller à la compatibilité avec le droit de l'Union des protocoles d'accord conclus par le MES » (point 58). La Commission l'a elle-même concédé au cours de l'audience : elle « conserve, dans le cadre du traité MES, son rôle de gardienne des traités, tel qu'il ressort de l'article 17, paragraphe 1, TUE, de sorte qu'elle devrait s'abstenir de signer un protocole d'accord dont

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

elle douterait de la compatibilité avec le droit de l'Union » (point 59). En conséquence, la Cour ne peut conclure qu'à « l'erreur de droit du Tribunal dans l'interprétation et dans l'application de l'article 268 et de l'article 340, deuxième et troisième alinéas, TFUE en considérant (…) qu'il n'était pas compétent pour examiner un recours en indemnité fondé sur l'illégalité des points litigieux sur le fondement de la simple constatation que l'adoption desdits points n'était formellement imputable ni à la Commission ni à la BCE » (point 60).

On trouve enfin une référence au droit international dans l'arrêt *Pringle* en vue d'insister sur la finalité de l'assistance financière accordée dans la zone euro. L'arrêt indique qu'« il importe de rappeler que le traité MES vise à assurer la stabilité financière de la zone euro dans son ensemble » (point 164).

2° – *Rapport de systèmes sociaux*

Dans la jurisprudence de crise, il est patent que le droit entretient un rapport étroit avec le système économique. On constate cependant clairement une démarche de la Cour de justice consistant à fonder la solution de l'arrêt sur des motifs de nature strictement juridique, épurés de toute autre considération, ce qui est particulièrement mise en évidence dans les arrêts *Gauweiler* et *Pringle*. Dans les arrêts relatifs à la crise bancaire et à la conditionnalité, la Cour opère une référence évasive à la théorie économique.

La Cour de justice consacre en tant qu'objectif de l'Union « la stabilité du système bancaire de la zone euro dans son ensemble » (point 71). Elle affirme dans l'arrêt *Ledra* : « les services financiers jouent un rôle central dans l'économie de l'Union » et « [l]es banques et les établissements de crédit sont une source essentielle de financement pour des entreprises actives sur les différents marchés » (point 72). En effet, ajoute l'arrêt, les banques sont « interconnectées » et internationales de sorte que « la défaillance d'une ou de plusieurs banques risque de se propager rapidement aux autres banques soit dans l'État membre concerné, soit dans d'autres États membres [ce qui] risque à son tour de produire des effets d'entraînement négatifs dans d'autres secteurs de l'économie » (point 72). Autrement dit, la Cour de justice justifie son raisonnement par une référence explicite à la théorie économique du risque systémique : la défaillance d'une banque peut provoquer une crise du système bancaire de nature telle que celle-ci se répercute sur l'économie réelle. En l'espèce, conclut la Cour, « [c]ompte tenu de

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'objectif consistant à assurer la stabilité du système bancaire dans la zone euro, et eu égard au risque imminent de pertes financières auquel les déposants auprès des deux banques concernées auraient été exposés en cas de faillite de ces dernières », les mesures contestées n'ont pas constitué une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même du droit de propriété des requérants. On retrouve la même démarche dans l'arrêt *Kotnik* : « En ce qui concerne l'adoption des points 40 à 46 de la communication concernant le secteur bancaire sur le fondement de cette disposition, il convient de relever que les services financiers jouent un rôle central dans l'économie de l'Union. Les banques et les établissements de crédit sont une source essentielle de financement pour des entreprises actives sur les différents marchés. De plus, les banques sont souvent interconnectées et nombre d'entre elles exercent leurs activités au niveau international. C'est la raison pour laquelle la défaillance d'une ou de plusieurs banques risque de se propager rapidement aux autres banques soit dans l'État membre concerné, soit dans d'autres États membres. Cela risque à son tour de produire des effets d'entraînement négatifs dans d'autres secteurs de l'économie » (point 50). Dans l'arrêt Dowling, elle se contente d'évoquer le « risque systémique » et la nécessité d'assurer la stabilité financière de l'Union en renvoyant, par analogie, à l'arrêt *Kotnik e.a.* (point 51).

Pour répondre à la question de savoir si un programme d'achat d'obligations souveraines sur les marchés secondaires est susceptible de relever des attributions de l'Eurosystème, telles que définies par le droit primaire, la Cour de justice se livre à une analyse minutieuse des dispositions du droit primaire : la démarche est là encore pédagogique, voire descriptive, les motifs des arrêts confinant parfois à la paraphrase du traité. L'enjeu est celui, il est vrai, de la délimitation des compétences ; si le rappel du principe d'attribution des compétences relève de l'évidence (point 41 de l'arrêt *Gauweiler*), tout l'enjeu est celui de la définition de la politique monétaire, comme domaine matériel de compétence de l'Union, et de la politique économique, comme domaine de compétence réservée aux États membres.

Dans l'arrêt *Pringle*, des points 46 à 52, la Cour se livre à une lecture strictement juridique des dispositions du traité. Dans les arrêts *Gauweiler* (point 42) et *Pringle* (point 53), la Cour souligne que le traité FUE ne contient aucune définition de la politique monétaire. Dans *Pringle*, elle constate que le traité « se réfère, dans ses dispositions relatives à ladite politique, aux objectifs de celle-ci plutôt qu'à ses instruments ». Dans *Gauweiler*, elle en tire la conclusion que le traité FUE

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« définit à la fois les objectifs de la politique monétaire et les moyens dont dispose le SEBC pour mettre en œuvre cette politique ».

* * *

La jurisprudence anti-crise se caractérise par un élément commun déterminant pour la solution retenue par la Cour de justice dans la plupart des arrêts : la stabilité financière est consacrée par la Cour de justice en tant qu'objectif qui fonde la solution retenue. La jurisprudence de crise s'avère d'autant plus remarquable que la notion de stabilité financière n'est pas prévue par le Traité FUE. L'article 127, paragraphe 5, TFUE se limite à préciser que « le SEBC contribue à la bonne conduite des politiques menées par les autorités compétentes en ce qui concerne le contrôle prudentiel des établissements de crédit et la stabilité du système financier ». Il constitue la disposition précisant la délimitation de la compétence de l'Union uniquement pour fonder l'action de régulation des marchés financiers. Il ne préjuge pas de la compétence du législateur de l'Union pour adopter des actes juridiques en matière de stabilité financière. La crise a conduit les institutions de l'Union et les États membres à une action par l'établissement de dispositifs ou l'adoption de mesures dont, rétrospectivement, la validité a été contestée. L'interprétation et l'application du droit de l'Union ont été tributaires de l'objectif de stabilité financière dont la Cour s'est efforcée de dégager l'existence.

V. – Contrôle du juge

Dans les arrêts étudiés, la Cour de justice a, directement ou indirectement, contrôlé les mesures anti-crise. Dans le système constitutionnel de l'Union, elle a ainsi été confrontée à l'exercice de pouvoirs par les institutions et les organes de l'Union ainsi que par les autorités nationales en vue de répondre à des crises. C'est donc la question du contrôle juridictionnel du pouvoir de crise qui est en cause. Est-il loisible de déceler dans ce contrôle des traces d'un rôle politique de la Cour de justice ? La conclusion à laquelle nous sommes parvenu s'avère plutôt négative, sans être catégorique. Il ressort des arrêts que la Cour de justice dégage assurément un pouvoir d'appréciation au profit des institutions et des autorités dont elle apprécie l'exercice. Ce pouvoir prend une signification politique dès lors qu'il implique le choix par l'institution ou l'autorité de mesures. La validité de ce choix est dès lors

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tributaire d'une mise en balance entre l'objectif de stabilité financière dégagé par la Cour de justice et, d'une part, la délimitation des compétences de l'Union et, d'autre part, la protection des droits fondamentaux.

A. – Attribution des compétences et des pouvoirs

Il ressort des arrêts anti-crise que la Cour de justice tire de l'objectif de stabilité financière toutes les conséquences lorsqu'il s'agit de délimiter les compétences ou de reconnaître des pouvoirs.

1° – *Délimitation des compétences*

Dans les arrêts *Pringle* et *Gauweiler*, la stabilité financière constitue l'objectif que la Cour de justice prend pleinement compte dans l'appréciation de la délimitation des compétences attribuées à l'Union.

L'arrêt *Pringle* est à cet égard fondateur : la Cour affirme que le respect de la discipline budgétaire contribue « à l'échelle de l'Union à la réalisation d'un objectif supérieur, à savoir le maintien de la stabilité financière de l'Union monétaire » (point 135). La Cour de justice considère que la décision du Conseil européen introduisant l'article 136, paragraphe 3, TFUE ainsi que l'établissement du MES par les États membres de la zone euro sont compatibles avec le traité dès lors que l'assistance financière est accordée uniquement « lorsqu'elle s'avère indispensable pour préserver la stabilité financière de la zone euro dans son ensemble et qu'elle est subordonnée à des conditions strictes » (point 136). La stabilité financière a deux conséquences : d'une part, l'assistance financière ne peut être accordée que si elle est justifiée pour garantir la stabilité de la zone euro dans son ensemble ; dès lors, elle ne constitue pas une manifestation de la solidarité, mais de la stabilité ; d'autre part, celle-ci induit une stricte conditionnalité de sorte que l'État sous assistance peut se voir imposer des conditions dont le coût économique et social est important.

Dans l'arrêt *Gauweiler*, la Cour de justice admet que le programme OMT puisse contribuer à la stabilité de la zone euro, laquelle relève de la politique économique, si l'on applique le raisonnement de l'arrêt *Pringle* (point 51) ; toutefois, cela n'affecte pas la qualification de mesure de politique monétaire du programme : « En effet, une mesure de politique monétaire ne peut être assimilée à une mesure de politique économique du seul fait qu'elle est susceptible d'avoir des effets indirects sur la stabilité de la zone euro » (point 52).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2° – *Pouvoir d'appréciation*

De jurisprudence constante, lorsqu'elle est saisie de mesures adoptées au titre d'une politique ou d'une action de l'Union, la Cour de justice peut dégager une marge d'appréciation au profit des institutions et des autorités dès lors que la mesure est le produit d'un choix impliquant une analyse technique ou une appréciation complexe. Corrélativement, la reconnaissance de ce pouvoir d'appréciation induit un contrôle juridictionnel restreint.

Dans les affaires *Ledra* et *Mallis*, la Cour de justice interprète les dispositions du Traité MES en ce sens que les tâches confiées par ce Traité à la Commission et à la BCE pour mettre en œuvre la conditionnalité « ne comportent l'exercice d'aucun pouvoir décisionnel propre » et « les activités exercées par ces deux institutions dans le cadre de ce traité n'engagent que le MES » (point 53). En effet, les mesures s'avèrent juridiquement imputables aux États de la zone euro qui agissent dans le cadre du MES. En conséquence, il ne revient pas à la Cour de justice de contrôler la validité des mesures politiquement décidées par les États de la zone euro au sein de l'Eurogroupe et juridiquement mis en œuvre par la Commission qui agit au nom du MES. En revanche, la Commission répond des potentielles violations du droit de l'Union qui découleraient du comportement qu'elle a adopté dans l'exercice des tâches exécutées en application du MES. En effet, l'exercice de ces tâches ne doit pas comporter, et le raisonnement peut être repris *mutatis mutandis* pour la BCE, une dénaturation des missions que le Traité FUE attribue à ces institutions (point 56 de l'arrêt *Ledra*). C'est par le truchement d'un recours en indemnité que le comportement de l'institution est apprécié dans l'arrêt *Ledra* puisque la Cour a contrôlé si la Commission n'a pas contribué à une violation suffisamment caractérisée des droits fondamentaux consacrés par la Charte, en l'espèce le droit de propriété. Enfin, la Cour souligne que la Commission et la BCE agissent dans les limites des compétences que leur a octroyées l'article 13, paragraphe 3, du traité MES dans la mesure où elles apportent leur « expertise technique » (point 52).

Dans l'affaire *Kotnik*, la Cour de justice affirme que la communication bancaire ne produit pas d'effet contraignant à l'égard des États membres. En revanche, elle considère qu'elle lie la Commission dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation de la compatibilité des aides d'État avec le marché intérieur. Classiquement, est rappelé le « large pouvoir d'appréciation dont l'exercice implique des évaluations

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

complexes d'ordre économique et social » dont bénéficie la Commission dans cette matière (point 38). Dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, la Commission peut adopter des lignes directrices afin d'établir les critères sur la base desquels elle entend évaluer la compatibilité, avec le marché intérieur, de mesures d'aide envisagées par les États membres (point 39). Ce faisant, « la Commission s'autolimite dans l'exercice dudit pouvoir d'appréciation et ne saurait, en principe, se départir de ces règles sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement ou la protection de la confiance légitime » (point 40). En l'occurrence, « la juste répartition des charges à laquelle ladite communication subordonne l'octroi d'une aide d'État implique, en priorité, l'absorption des pertes par les fonds propres, puis, en principe, une contribution des créanciers subordonnés » (point 42). Une exception est uniquement prévue lorsqu'une telle contribution « risque de mettre en péril la stabilité financière ou de déboucher sur des résultats disproportionnés ».

Dans l'affaire *Gauweiler*, le pouvoir d'appréciation laissé à la BCE constitue un élément déterminant du raisonnement de la Cour dans le contrôle du programme OMT adopté au titre de la politique monétaire. Parce que l'Eurosystème doit « procéder à des choix de nature technique et effectuer des prévisions et des appréciations complexes, il y a lieu de lui reconnaître, dans ce cadre, un large pouvoir d'appréciation » (point 68). Le pouvoir d'appréciation implique une adaptation du contrôle juridictionnel dont l'arrêt *Gauweiler* est particulièrement topique. La Cour apprécie en premier lieu la motivation de la décision adoptée par la BCE, conformément à l'article 296, paragraphe 2, TFUE. Par le truchement de l'obligation de motivation, le juge se saisit de l'objet politique de la décision. Est-ce à dire que son office devient politique ? En l'occurrence, le contrôle prend un tour singulier en ce que la décision en cause n'a pas été formalisée par un acte juridique ; si la décision existe puisqu'elle a été adoptée par le conseil des gouverneurs, son contenu a été explicité par le communiqué de presse ainsi que par les projets d'actes juridiques examinés lors de la réunion du conseil des gouverneurs : ce sont ces documents qui « permettent de connaître les éléments essentiels d'un programme tel que celui annoncé dans ledit communiqué et [qui] sont de nature à permettre à la Cour d'exercer son contrôle » (point 71). Ce faisant, la Cour de justice s'en remet à la motivation factuelle produite par la BCE en se gardant d'en apprécier le bien-fondé économique et politique. Elle constate qu' « il ressort de ce communiqué et des explications fournies par la BCE, que ce programme

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

est fondé sur une analyse de la situation économique de la zone euro selon laquelle, à la date de l'annonce dudit programme, les taux d'intérêt des obligations souveraines des différents États de la zone euro auraient connu une forte volatilité et des écarts extrêmes. Selon la BCE, ces écarts ne tenaient pas uniquement aux différences macroéconomiques entre ces États mais trouvaient, en partie, leur origine dans l'exigence de primes de risque excessives pour les obligations émises par certains États membres, destinées à couvrir un risque d'éclatement de la zone euro » (point 72). C'est donc « cette *situation particulière* [qui] aurait fortement fragilisé le mécanisme de transmission de la politique monétaire du SEBC, en conduisant à une fragmentation des conditions de refinancement des banques et des coûts du crédit qui aurait limité fortement les effets des impulsions du SEBC sur l'économie dans une partie substantielle de la zone euro » (point 73, italiques ajoutés). C'est ainsi à une « analyse de la situation économique de la zone euro à la date de l'annonce du programme » que la BCE s'est livrée et cette analyse n'est entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation (point 74). On pourrait penser qu'en ce qu'elle est contestée, cette analyse prend une nature politique ; pour la Cour, toutefois, cela n'a guère d'incidence : « que ladite analyse motivée [ait] fait l'objet de contestations ne saurait suffire, en tant que telle, pour remettre en cause cette conclusion, étant donné que, au vu du caractère controversé que revêtent habituellement les questions de politique monétaire et du large pouvoir d'appréciation du SEBC, il ne saurait être exigé davantage de celui-ci que l'utilisation de son expertise économique et des moyens techniques nécessaires dont il dispose afin d'effectuer la même analyse avec toute diligence et précision » (point 75).

L'appréciation portée par la Cour sur la proportionnalité du programme OMT (points 76 à 79) l'a conduit à conclure que « dans des conditions économiques telles que celles relevées par la BCE à la date du communiqué de presse, le SEBC pouvait valablement considérer qu'un programme tel que celui annoncé dans ce communiqué est apte à contribuer aux objectifs poursuivis par le SEBC et, partant, au maintien de la stabilité des prix » (point 80). Pour parvenir à cette conclusion, la Cour se borne à relater l'argumentation avancée par la BCE : « l'acquisition, sur les marchés secondaires, d'obligations souveraines des États membres concernés par les taux d'intérêt considérés comme extrêmes par la BCE est susceptible de contribuer à la baisse de ces taux en dissipant les craintes injustifiées d'éclatement de la zone euro et, ainsi, de participer au recul voire à la disparition des primes

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de risque excessives » (point 76). C'est « ce contexte » qui conduit la Cour à affirmer que « le SEBC était en droit de considérer qu'une telle évolution des taux d'intérêt est de nature à faciliter la transmission de la politique monétaire du SEBC et à préserver l'unicité de cette politique » (point 77). Le point 78 reprend également une argumentation purement économique : « il est constant que les taux d'intérêt des obligations souveraines d'un État donné jouent un rôle déterminant dans la fixation des taux d'intérêt applicables aux différents acteurs économiques de cet État, dans la valeur des portefeuilles des institutions financières détenant de telles obligations et dans l'aptitude de ces institutions à se procurer des liquidités. Dès lors, éliminer ou réduire les primes de risque excessives exigées sur les obligations souveraines d'un État membre est susceptible d'éviter que leur volatilité et leur niveau ne fassent obstacle à la transmission des effets des décisions de politique monétaire du SEBC à l'économie de cet État et ne mettent en cause l'unicité de cette politique » (point 78).

Dans l'affaire *AEMF*, la Cour de justice a contrôlé la validité de la délégation de pouvoirs par le législateur de l'Union à l'AEMF. L'objectif de stabilité financière joue un rôle encore plus déterminant pour apprécier la validité de la délégation de pouvoirs par le législateur de l'Union à l'AEMF. La Cour constate que les mesures prévues par la disposition contestée du règlement doivent répondre « à des menaces qui pèsent sur le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ou sur la stabilité de l'ensemble ou d'une partie du système financier à l'intérieur de l'Union, et qui ont des implications transfrontalières » (point 46). Il revient à l'AEMF d'apprécier « si ces mesures permettent de parer de manière significative à la menace qui pèse sur le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ou sur la stabilité de l'ensemble ou d'une partie du système financier à l'intérieur de l'Union, ou d'améliorer sensiblement la capacité des autorités nationales compétentes à surveiller la menace en question » (point 47). À plusieurs reprises, la question du pouvoir reconnu à l'AEMF et de son étendue a été évoquée par l'arrêt.

C'est tout particulièrement le caractère limité de la marge d'appréciation reconnue par le législateur à l'autorité qui permet à la Cour de justice de conclure que la délégation est valide (point 50). Elle met en exergue toutes les conditions qui constituent l'encadrement de l'exercice du pouvoir d'intervention de l'AEMF et conclut que « [l]esdits pouvoirs n'impliquent donc pas, contrairement aux allégations du requérant, que

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'AEMF est investie d'un « large pouvoir discrétionnaire » incompatible avec le traité FUE au sens dudit arrêt » (point 54).

L'autre précision déterminante s'avère le caractère technique des appréciations portées par l'AEMF qui, forte de son expertise, est plus à même d'exercer les pouvoirs qui lui sont délégués. La Cour relève que « l'article 28 du règlement n° 236/2012 investit l'AEMF de certains pouvoirs décisionnels dans un domaine exigeant l'articulation d'une expertise professionnelle et technique spécifique » (point 82). De façon générale, les règlements régissant l'AEMF « font partie d'un ensemble d'instruments de régulation adoptés par le législateur de l'Union afin que cette dernière, compte tenu de l'intégration des marchés financiers internationaux et du risque de contagion des crises financières, puisse œuvrer en faveur d'une stabilité financière internationale » (point 84). La disposition attaquée du règlement ne doit dès lors pas être « considéré isolément » mais être comprise « comme faisant partie d'un ensemble de règles qui visent à doter les autorités nationales compétentes et l'AEMF de pouvoirs d'intervention pour faire face à des évolutions défavorables menaçant la stabilité financière au sein de l'Union et la confiance des marchés » (point 85). Elle insiste ensuite sur la circonstance que les autorités sont des « instances » qui « disposent d'un haut degré d'expertise professionnelle et collaborent de manière étroite dans la poursuite de l'objectif de stabilité financière au sein de l'Union » (point 85). Ce sont également les « particularités techniques complexes » du domaine à harmoniser que la Cour prend en compte lorsqu'elle apprécie la mise en œuvre de l'article 114 TFUE (point 102). La nécessité de « s'appuyer sur une expertise professionnelle et technique particulière » justifie que le législateur délègue à un organe ou à un organisme de l'Union des compétences visant à la mise en œuvre de l'harmonisation recherchée (point 105). C'est également une forme de proportionnalité dans la mise en œuvre de la « technique d'harmonisation » que la Cour met en évidence : « La Cour a précisé, à cet égard, que cette marge d'appréciation peut être utilisée notamment afin de choisir la technique d'harmonisation la plus appropriée lorsque le rapprochement envisagé requiert des analyses hautement techniques et spécialisées ainsi que la prise en compte de développements dans un domaine particulier » (point 103) ». La Cour insiste encore davantage

> « 108 Or, il importe de relever que, par l'article 28 du règlement n° 236/2012, le législateur de l'Union a cherché à prévoir, face à des menaces graves pesant sur le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ou sur la stabilité du système financier dans

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

> l'Union, un mécanisme approprié permettant, en dernier recours et dans des circonstances bien spécifiques, l'adoption de mesures applicables dans l'ensemble de l'Union, qui peuvent prendre, le cas échéant, la forme de décisions adressées à certains acteurs desdits marchés ».

Enfin, la nécessité de préserver le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ou la stabilité de tout ou partie du système financier de l'Union a justifié la centralisation dans le chef de l'AEMF de pouvoirs d'intervention qui reviennent en principe aux autorités nationales (point 115). On notera une dimension temporelle. Le pouvoir d'intervention octroyé à l'AEMF est valide notamment parce que les mesures ont un « caractère temporaire » et que les mesures sont réexaminées à intervalles réguliers (point 50). L'Autorité doit ainsi en mesure « d'imposer des restrictions temporaires à la vente à découvert de certaines valeurs financières ou à la conclusion de contrats d'échange sur risque de crédit ou à d'autres transactions en vue d'empêcher des chutes incontrôlées des prix de ces instruments » (point 85). La nécessité d'une « capacité réactive » de l'AEMF justifie également la délégation de pouvoirs décidée par le législateur (point 105).

B. – Préservation des droits

La question posée était celle de savoir si la mesure contestée ne viole pas des droits, généralement fondamentaux, mais pas uniquement. Pour répondre, la Cour de justice a mis en balance les droits avec la stabilité financière.

1° – *L'affaire* Florescu

La Cour de justice considère que la disposition contestée de la loi nationale portant mise en œuvre de la conditionnalité respecte le contenu essentiel du droit de propriété. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour insiste sur l'objectif de la loi roumaine qui « vise à rationaliser les dépenses publiques dans un contexte exceptionnel de crise globale sur les plans financier et économique » (point 56) ; elle constate que « la réduction des dépenses salariales du secteur public et à celui relatif à la réforme du système de pension, qui ont été fixés par la décision 2009/459 et par le protocole d'accord en vue de réduire les difficultés de la balance des paiements qui ont conduit la Roumanie à solliciter et à obtenir un concours financier de l'Union […] constituent des objectifs d'intérêt général » (point 56). La Cour rappelle « que, compte tenu du contexte économique particulier, les États membres disposent

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'une large marge d'appréciation lorsqu'ils adoptent des décisions en matière économique et qu'ils sont les mieux placés pour définir les mesures susceptibles de réaliser l'objectif poursuivi (point 57). Il est significatif que la Cour de justice ait insisté à plusieurs reprises sur le « caractère exceptionnel » (points 16, 55) de la disposition de la loi nationale qui vise « à rationaliser les dépenses publiques dans un contexte exceptionnel de crise globale sur les plans financier et économique » (point 56). Au terme du contrôle de proportionnalité, la Cour de justice considère que la loi roumaine ne porte pas atteinte au contenu essentiel du droit de propriété : la mesure « revêt un caractère exceptionnel et a vocation à être temporaire », « ne remet pas en cause le principe même du droit à pension, mais en limite l'exercice dans des circonstances bien définies et encadrées, à savoir lorsque la pension est cumulée avec une activité exercée auprès d'institutions publiques et lorsque le montant de cette pension dépasse un certain seuil » (point 55). N'est pas anodine la vocation « temporaire » de la disposition de la loi nationale en ce que ce constat fonde en partie la conclusion selon laquelle le contenu essentiel du droit de propriété est respecté.

2° – *L'affaire* Kotnik

À la question de savoir si les mesures de *bail in* prévues par la communication bancaire mettaient en cause le principe de protection de la confiance légitime, la Cour de justice répond par une mise en balance avec la stabilité financière. Ainsi, « l'objectif consistant à garantir la stabilité du système financier tout en évitant des dépenses publiques excessives et en minimisant les distorsions de la concurrence constitue un intérêt public supérieur de cette nature » (point 69) qui peut s'opposer à l'adoption de mesures nécessaires à la préservation de la confiance légitime (point 68). En revanche, pour le droit de propriété, la stabilité financière n'est pas prise en compte ; cela s'explique parce que la Cour ne constate aucune ingérence dans ce droit. Enfin, la Cour souligne que « les mesures de répartition des charges associant les actionnaires et les créanciers subordonnés constituent, lorsqu'elles sont imposées par les autorités nationales, des mesures exceptionnelles » (point 88). Les aides d'État en cause sont « destinées, dans un contexte exceptionnel de perturbation grave d'une économie nationale, à remédier à une crise financière systémique susceptible d'affecter l'ensemble d'un système financier national et la stabilité financière de l'Union » (point 90).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

3° – *L'affaire* Ledra

La Cour parvient à une conclusion inverse dans l'arrêt *Ledra*. Conformément à l'article 61, premier alinéa, du statut, la Cour décide de régler elle-même définitivement le litige. Pour que la responsabilité non contractuelle de l'Union soit engagée, au sens de l'article 340, deuxième alinéa, TFUE, trois conditions sont exigées : l'illégalité du comportement reproché à l'institution de l'Union, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement de l'institution et le préjudice invoqué. C'est tout particulièrement la première condition qui retient l'attention, conduisant la Cour, conformément à la jurisprudence *Bergaderm* (40), à apprécier si est établie une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers. Les requérants ont contesté en l'espèce une violation du droit de propriété consacré par l'article 17, paragraphe 1, de la Charte. Si cette dernière n'est pas applicable aux États membres puisque ceux-ci ne mettent pas en œuvre le droit de l'Union dans le cadre du traité MES, elle s'impose en revanche aux institutions de l'Union, même lorsque celles-ci agissent dans l'accomplissement de tâches confiées par un traité de droit international (point 67). Au titre de sa mission de gardienne de la légalité de l'Union, la Commission a en effet l'obligation de respecter la Charte et, donc, en l'espèce devait s'assurer que le protocole d'accord signé au nom du MES respecte l'article 17, paragraphe 1, de la Charte. La Cour de justice admet implicitement que les mesures contestées ont limité l'exercice par les requérants de leur droit de propriété. L'ingérence constatée, la Cour affirme :

> « 74 Compte tenu de l'objectif consistant à assurer la stabilité du système bancaire dans la zone euro, et eu égard au risque imminent de pertes financières auquel les déposants auprès des deux banques concernées auraient été exposés en cas de faillite de ces dernières, de telles mesures ne constituent pas une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même du droit de propriété des requérants. Elles ne sauraient, par conséquent, être considérées comme des restrictions injustifiées de ce droit ».

4° – *L'affaire* Dowling

La Cour met également en balance un droit non fondamental mais tiré d'une directive et l'objectif de stabilité financière. « Bien qu'il y ait

(40) CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c/ Commission*, aff. C-352/98 P, EU:C:2000:361.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

un intérêt général clair à garantir à travers l'Union une protection forte et cohérente des actionnaires et des créanciers, cet intérêt ne peut être considéré comme primant en toutes circonstances sur l'intérêt général consistant à garantir la stabilité du système financier établi par ces amendements » (point 54). Ainsi, « la protection que la deuxième directive confère aux actionnaires et aux créanciers d'une société anonyme, en ce qui concerne le capital social de celle-ci, ne s'étend pas à une telle mesure nationale adoptée dans une situation de perturbation grave de l'économie et du système financier d'un État membre qui vise à remédier à une menace systémique pour la stabilité financière de l'Union, résultant de l'insuffisance des fonds propres de la société concernée » (point 50). On constate enfin que la Cour insiste sur l'urgence : l'ordonnance d'injonction contestée est une « mesure d'urgence » (point 46) qui permet d'agir « dans le délai prévu par la décision d'exécution 2011/77 » (point 48).

Conclusion

Au terme de cette analyse des huit arrêts « anti-crise » de la Cour de justice, notre conclusion est celle d'un rôle non politique de la Cour de justice. Celle-ci opère un contrôle de nature strictement juridique sur un objet éminemment politique puisqu'il porte sur la mise en œuvre du pouvoir d'appréciation par l'institution ou l'autorité. Il ressort ainsi des arrêts que le contrôle du respect du droit de l'Union et l'interprétation de ce dernier est opéré dans tous ces arrêts en tenant compte du contexte particulier que constitue la crise, que ce contexte soit mis en évidence par l'institution de l'Union, par les autorités nationales ou par la juridiction de renvoi. Par le truchement du contexte, la Cour parvient à dégager un principe général transversal : la stabilité financière. Plus qu'un rôle politique, elle joue un rôle constitutionnel en ce que, dans le silence des Traités, elle consacre un principe qui irradie l'ensemble de l'UEM et du marché intérieur. L'approche est résolument systémique, ce qui n'est guère original, la singularité tient à l'objet téléologique qui a été produit par la crise. Dans ce contexte de crise et tenant compte du principe de stabilité des prix, la Cour de justice se livre à une conciliation des intérêts en présence. C'est là encore une solution on ne peut plus classique. La singularité tient davantage à l'objet de cette mise en balance : compétences et pouvoirs / stabilité financière ou droits / stabilité financière. Le contrôle s'avère dès lors de proportionnalité et aboutit à la conclusion de la validité des mesures et des dispositifs

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

anti-crise. Faut-il s'en offusquer ? En tant que spécialiste de la matière, aucun des arrêts étudiés ne m'a choqué dans sa conclusion, même si j'ai bien conscience qu'il aurait été pour le moins délicat à la Cour de justice de conclure à l'invalidité d'une mesure ou d'un dispositif aiguisant les tensions sur le marché, risquant ainsi d'alimenter la crise que l'Union et les États membres ont peiné à surmonter. Tout est dès lors question de mesure que ce soit la mesure contestée devant le juge ou la mesure exigée du juge. Néanmoins, ainsi que l'a souligné le Président du *Bundesverfassungsgericht* dans l'affaire *Gauweiler*, la question n'est pas « celle de l'efficacité des mesures de la BCE en vue de remédier à la crise des dettes souveraines, mais celle de leur légalité ; sinon, cela reviendrait à admettre que toute fin justifie les moyens » (41). Objectif cardinal de l'UEM, la stabilité financière ne doit donc pas devenir la finalité qui justifie n'importe quelle mesure. La nouvelle question préjudicielle posée par le *Bundesverfassungsgericht* à propos du *Quantitative easing* (42) devrait permettre de poursuivre la réflexion…

(41) « Verfassungsgericht deutet Kritik an EZB-Krisenhilfe an Dienstag », 11 juin 2013, reuters.de. Voy. le compte-rendu de l'audience devant le Bundesverfassungsgericht publié par Bruegel : « *The Court's President*, *Andreas Voßkuhle*, *stated clearly that the benchmark of the legality of OMT cannot be its alleged success to calm down nancial markets. Ends could never justify means* » (www.bruegel.org/nc/blog/detail/article/1109-overview-of-the-karlsruhe-hearing-on-omt-summary).

(42) CJUE, *Weiss*, aff. C-493/17.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 10 - Les « mesures anti-crise » et le droit de la stabilité financière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 11.

CITOYENNETÉ DE L'UNION ET ACCÈS DES INACTIFS AUX PRESTATIONS SOCIALES DANS L'ÉTAT D'ACCUEIL

Anastasia Iliopoulou-Penot

Professeur à l'Université Paris Est Créteil

I. – Le choix du thème et des arrêts examinés

Une contribution sur la citoyenneté de l'Union ne pourrait pas être absente d'un ouvrage sur le rôle politique de la Cour de justice car tout processus de *construction* d'un statut juridique de citoyen (1) est par nature, d'essence politique. Quant à la question précise de l'accès des migrants économiquement inactifs au système social de l'État de résidence, il suffit de rappeler que c'est à ce sujet que la Cour suprême des États-Unis a rendu ses arrêts les plus emblématiques relatifs à la citoyenneté fédérale et à ses attributs essentiels que sont le « *right to travel* » (droit équivalent à la liberté de circulation) et l'égalité de traitement (2). Ces arrêts imposent aux États de prendre sous leur toit social protecteur les indigents d'autres États au nom de la citoyenneté commune.

La question de l'accès aux prestations sociales ne concerne pas seulement la délimitation des droits individuels des citoyens d'une entité fédérale (3). Elle est, de surcroît, liée à la définition de la justice

(1) D. Kostakopoulou, « Ideas, norms and European citizenship : explaining institutional change », *M.L.Rev.*, 2005, p. 233.

(2) Il s'agit des arrêts *Edwards v California*, 314 U.S. 160 (1941) ; *Shapiro v Thompson*, 394 U.S. 618 (1969) ; *Saenz v Roe*, 119 SCt 1518 (1999). Pour une analyse de ces arrêts, voy. A. Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 557 et s. ; A. P. Van Der Mei, *Free movement of persons within the European Community : cross-border access to public benefits*, Oxford, Hart, 2003, pp. 215 et s. ; D. Strazzari, « The new functionalist approach of the ECJ towards the European freedom of movement and residency : some lessons from a constitutional comparative survey », Jean Monnet working paper n° 13/2008, disponible en ligne.

(3) Pour une présentation de la citoyenneté de l'Union comme une citoyenneté fédérale, voy. C. Schönberger, « European citizenship as federal citizenship. Some lessons of comparative federalism », *Revue européenne de droit public*, Vol. 19, n° 1 printemps 2007, p. 61.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sociale, élément essentiel du contrat social se trouvant à la base de toute communauté politique (4). Dans le contexte de l'Union, la jurisprudence de la Cour au sujet des droits sociaux des citoyens inactifs soulève des interrogations relatives à l'existence et à l'étendue d'une justice transnationale. Ces interrogations sont d'autant plus prégnantes que la redistribution sociale reste exclue de la sphère d'intervention de l'Union (5). Les États gardent jalousement leur compétence en la matière, étant donné les enjeux financiers et les fonctions de légitimation et d'identité assumées par l'État providence. Dès lors, comment faire pour penser la justice sociale à une échelle autre que celle de l'État-nation sans transfert de souveraineté (6) ?

La jurisprudence de la Cour de justice au sujet des droits sociaux des inactifs n'est pas linéaire ; elle est composée de deux chaînes (7) bien distinctes. La première comporte les arrêts fondateurs *Martinez Sala*, *Grzelczyk* et *Baumbast* (8). Elle est complétée par l'arrêt *Trojani* (9), relatif aux indigents, l'arrêt *Bidar* (10), relatif aux étudiants ainsi que les arrêts *Collins* et *Vatsouras*, (11) relatifs aux demandeurs d'emploi. Quant à la seconde, miroir inversé de la première, elle est annoncée par l'arrêt *Förster* (12), relatif aux étudiants et poursuivie par les arrêts *Brey*, *Dano* et *Garcia Nieto* (13), relatifs aux citoyens dépourvus de moyens de subsistance suffisants, ainsi que l'arrêt *Alimanovic* (14) relatif aux demandeurs d'emploi. Elle est, enfin, prolongée, en matière

(4) Voy. P. J. Neuvonen, *Equal citizenship and its limits in EU law. We the burden ?*, Oxford, Hart, 2016.

(5) Art. 153, § 4, TFUE.

(6) Sur cette question v. M. Unger, *Les frontières de la justice sociale. Les théories de la justice mondiale au prisme de l'Union européenne*, thèse, Paris 1, 2016, 646 pages.

(7) Sur le phénomène désormais courant de l'existence de chaînes jurisprudentielles et de la « stone-by-stone approach », voy. K. Lenaerts, « The Court's outer and inner selves : exploring the external and internal legitimacy of the European Court of Justice », in M. Adams, H. de Waele, J. Meeusen et G. Straetmans (Eds.), *Judging Europe's Judges*, Oxford, Hart, 2013, p. 13. Voy. aussi la critique de cette approche par J. H. H. Weiler, « Epilogue : judging the judges – Apology and critique », *ibid.*, p. 235.

(8) CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala*, aff. C-85/96, EU:C:1998:217 ; CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, EU:C:2001:458 ; C-413/99, *Baumbast*, EU:C:2002:493.

(9) CJCE (gde ch.), 7 septembre 2014, *Trojani*, aff. C-456/02, EU:C:2004:488.

(10) CJCE, (gde ch.), 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, EU:C:2005:169.

(11) CJCE, Ass. Plén., 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, EU:C:2004:172 ; CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras*, aff. C-22/08, EU:C:2009:344.

(12) CJCE, (gde ch.), 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, EU:C:2008:630.

(13) CJUE, 19 septembre 2013, *Brey*, aff. C-140/12, EU:C:2013:565 ; CJUE, (gde ch.), 11 novembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13, EU:C:2014:2358 ; CJUE, 25 février 2016, *Garcia Nieto*, aff. C-299/14, EU:C:2016:114.

(14) CJUE (gde ch.), 15 septembre 2015, aff. C-67/14, *Alimanovic*, EU:C:2015:597.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de sécurité sociale, par l'arrêt *Commission/Royaume-Uni* (15) et l'affaire pendante *Gusa* (16).

L'abondance du contentieux européen portant sur l'accès des migrants inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil reflète la sensibilité du sujet pour l'opinion publique des pays européens. Cette sensibilité n'a cessé de croître dans les années récentes, marquées par la crise économique, l'augmentation du chômage et (souvent) par le recul des politiques sociales et des services publics (17). Le sujet de l'immigration (traitant, par ailleurs, indistinctement citoyens de l'Union et ressortissants des pays tiers) et de l'accès des migrants à l'État providence (notamment aux prestations familiales et au système national de santé) a dominé la campagne avant le référendum sur le Brexit et a lourdement pesé sur le résultat du vote populaire. Durant la même période, les médias allemands ont accordé une place importante au débat sur les « migrants de la pauvreté » alors que le Danemark et d'autres pays scandinaves a vu se populariser l'image des « migrants-voleurs des fraises ». Des réactions similaires épinglant le « tourisme social » se sont manifestées également en Belgique et aux Pays-Bas (18). Dans l'ensemble de ces pays, un phénomène est particulièrement inquiétant : les réticences à l'égard de l'immigration européenne sont véhiculées non seulement par les partis politiques populistes (dont la montée en puissance est en soi préoccupante) mais trouvent aussi une place dans le discours officiel d'autres acteurs politiques ainsi que des gouvernements et des législateurs nationaux.

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que la presse en Europe ait largement cité l'arrêt *Dano* (19), affirmant que les citoyens de l'Union économiquement inactifs qui se rendent dans un autre État membre dans le seul but de bénéficier de l'aide sociale peuvent en être exclus (20). Cet arrêt a été même salué par des acteurs politiques, pourtant connus comme des critiques acerbes de la Cour de justice, comme le premier

(15) CJUE, 14 juin 20106, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-308/14, EU:C:2016:436.

(16) Conclusions de l'avocat général Wathelet sous l'affaire C-442/16, *Gusa*, EU:C:2017:607.

(17) Voy. Editorial comments, « The free movement of persons in the European Union : Salvaging the dream while explaining the nightmare », *CML Rev.*, 2014, p. 729 ; J.-Y. Carlier, « Chronique : La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, année 2013 », *JDE*, 2014, p. 167 ; A. Iliopoulou-Penot, « Citoyenneté de l'Union, mobilité et intégration dans l'espace européen », *Revue de l'Observatoire Français des Conjonctures Economiques*, 2014, p. 29.

(18) Il convient aussi d'ajouter le référendum organisé en Suisse le 9 février 2014 « contre l'immigration de masse » (essentiellement intra-européenne) et la réponse positive donnée.

(19) Voy. D. Simon, « L'arrêt *Dano* ou comment se créent les mythes », *Europe*, 2014.

(20) L'affaire *Dano* mettait en scène une figure réunissant tous les stéréotypes de non-appartenance : chômeuse, ressortissante d'un pays pauvre de l'Europe de l'est, Rom et mère seule.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ministre britannique David Cameron et la chef du Front National en France, Marine Le Pen. Quant à l'arrêt *Alimanovic*, renforçant la portée du précédent *Dano* pour couvrir les demandeurs d'emploi, il a été cité par des représentants du gouvernement britannique comme allant dans le sens de leur position dans la négociation du statut du Royaume-Uni dans l'Union avant le référendum sur le Brexit ainsi que par la Commission européenne dans ses efforts d'apaisement des autorités britanniques durant la même période (21).

Un autre élément indiquant la nature politique de la jurisprudence sur la citoyenneté est la codification de certaines de ses solutions dans le droit primaire et dérivé. Ainsi, à l'occasion de la révision opérée par le traité de Lisbonne, le constituant européen a entériné la combinaison entre citoyenneté et non-discrimination du fait de la nationalité opérée dans la ligne jurisprudentielle *Martinez Sala* en rapprochant les dispositions énonçant ces principes. Ainsi, les articles 18 et 20 TFUE sont désormais regroupées au sein de la deuxième partie du TFUE, intitulée « Citoyenneté et non-discrimination ». Ce rapprochement avait été, par ailleurs, déjà consacré par la directive 2004/38 (22), contribution essentielle du législateur à l'élaboration du statut de citoyen migrant. Cette directive codifie un certain nombre de formules jurisprudentielles (23). *Last but not least*, l'accord politique auquel est arrivé le Conseil européen le 19 février 2016, dans une tentative vaine d'éviter le Brexit (24), reprend mot pour mot les solutions des arrêts *Dano* et *Alimanovic*, soulignant ainsi leur importance dans le débat sur la « nouvelle place » du Royaume-Uni dans l'Union.

Enfin, le corpus doctrinal portant sur la jurisprudence au sujet de la citoyenneté de l'Union est particulièrement étoffé, et ce dans plusieurs langues. Les analyses souvent divergent, certaines saluant avec enthousiasme l'œuvre créatrice de la Cour, d'autres critiquant son

(21) Voy. A. Iliopoulou-Penot, « Deconstructing the former edifice of Union citizenship ? The *Alimanovic* judgment », *CMLRev*, 2016, p. 1007.

(22) Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, *JOUE* n° L 158, 30 avril 2004, p. 77.

(23) Pour une analyse détaillée, voy. Ph. De Bruycker, « La libre circulation des citoyens européens entre codification et réforme. Présentation générale de la directive 2004/38 », in J.-Y. Carlier et E. Guild (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 21 et A. Iliopoulou, « Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : la directive 2004/38/CE », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, p. 523.

(24) Un nouvel arrangement pour le Royaume-Uni dans l'Union européenne. Extrait des conclusions du Conseil européen des 18 et 19 février 2016, Section D, article 1.b, *JOUE* n° C 691, 23 février 2016, p. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

activisme. Des chapitres sur la citoyenneté sont, d'ailleurs, inclus dans des ouvrages significatifs sur le rôle politique de la Cour de justice : H. Micklitz & B. de Witte (Eds), *The ECJ and the autonomy of the MS* (25) ; M. Dawson, B. De Witte & E. Muir (Eds.), *Judicial activism at the ECJ* (26) ; M. Adams, H. de Waele, J. Meeusen & G. Straetmans (Eds.), *Judging Europe's Judges* (27).

II. – Le niveau de contrainte juridique : Quel rôle pour le droit primaire et le droit dérivé ?

La question de l'accès aux prestations sociales dans l'État d'accueil est (au moins indirectement) régie par le droit dérivé dès lors que celui-ci conditionne le droit de séjour des citoyens économiquement inactifs à la possession de ressources suffisantes et d'une assurance maladie. Cette condition était initialement posée par trois directives des années 90 sur le séjour des retraités, des étudiants et d'autres inactifs (28). Elle a ensuite été reprise par la directive « séjour des citoyens » de 2004 (29) ; cette dernière a été élaborée entre autres en réponse à l'évolution jurisprudentielle fondée sur la citoyenneté et afin de la canaliser (30). Par conséquent, le champ d'intervention de la Cour est réglementé et sa liberté interprétative encadrée par le législateur. Cet encadrement est d'autant plus significatif que le traité lui-même (plus précisément, l'article 21, paragraphe 1, TFUE, ex 18, paragraphe 1, CE) soumet le droit de séjour des citoyens de l'Union aux « limitations et conditions prévues par le présent traité *et par les dispositions prises pour son application* » (31). Cette formule plutôt inhabituelle

(25) Intersentia, 2012.

(26) Edward Elgar, 2013.

(27) Hart, 2013.

(28) Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, *JOCE* n° L 180, 13 juillet 1990, p. 86 ; directive 90/365/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, *JOCE* L 180/28, 13 juillet 1990 ; directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, *JOCE* n° L 317, 18 décembre 1993, p. 59.

(29) Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *JOUE* n° L 158, 30 avril 2014, p. 77.

(30) Ont aussi une incidence en la matière certaines dispositions du règlement 883/2004/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JOUE* n° L 166, 30 avril 2004, p. 1. Ce dernier a remplacé le règlement 1408/71 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

(31) Souligné par nous.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'« inversion normative » (32) intrigue au regard de la hiérarchie des normes en droit de l'Union : s'agirait-il d'une constitutionnalisation des limites prévues par le droit dérivé ? Les auteurs du traité n'auraient-ils pas adressé un message à la Cour, l'incitant à la prudence (si ce n'est à l'auto-restriction) s'agissant de l'interprétation de la citoyenneté ? Le traité ne suggère-t-il pas que les contours du droit à la mobilité sont définis par le législateur ? Quoiqu'il en soit, la Cour a, dans un premier temps, cherché à se libérer de la contrainte législative, puis, dans un second temps, s'en est accommodée.

Plus précisément, lors du cycle jurisprudentiel fondateur, la Cour a assumé un rôle protagoniste dans la construction du statut de citoyen migrant. Elle a placé l'accent sur le droit primaire, plus précisément sur le lien établi entre citoyenneté et non-discrimination (du fait de la nationalité ou de l'exercice de la liberté de circulation). Dans le même temps, refusant une interprétation littérale du droit dérivé, elle a privilégié sa lecture à la lumière d'un idéal de citoyenneté sociale transnationale (33). Elle a ainsi pu affirmer, dans l'arrêt *Grzelczyk*, que le droit dérivé admettait « *une certaine solidarité financière des ressortissants de cet État avec ceux des autres États membres*, notamment si les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire. » (34)

Dans le même temps, la Cour a eu recours à deux techniques neutralisant les garanties offertes par le droit dérivé à la protection des intérêts financiers des États membres. D'une part, les concepts de « charge » et de « charge déraisonnable » forgés par le législateur européen ont été utilisés de manière subversive par la Cour, à savoir, pour étendre plutôt que pour limiter les droits des migrants. En effet, selon l'arrêt *Grzelczyk*, il ne suffit pas que le migrant représente une charge pour les finances publiques de l'État d'accueil afin que ce dernier puisse l'éloigner de son territoire ; encore faut-il que cette charge soit déraisonnable, ce que les autorités nationales vont devoir démontrer. D'autre

(32) N. N. Shuibhne, « The third age of EU citizenship : directive 2004/38 in the case law of the Court of Justice », in P. Syrpis (Ed.), *The judiciary, the legislature and the EU internal market*, CUP, 2012, p. 331.

(33) A. J. Menendez, « European citizenship after *Martinez Sala* and *Baumbast*. Has European law become more human but less social ? », in M. Poiares Maduro & L. Azoulai (eds), *The past and future of EU law. The classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome treaty*, Hart, 2010, p. 363 : « *Martinez Sala* and *Baumbast* are two very important judgments definitely to be regarded as leading cases on free movement of persons, not because they broke radically new ground, but because they pushed to their logical conclusion and rendered explicit the premises which were implicitly at work in the previous case law of the ECJ ».

(34) CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, EU:C:2001:458, pt 44. Souligné par nous.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

part, la Cour a dissocié *existence* et *exercice* du droit de séjour des inactifs dans l'arrêt *Baumbast* (35). Dès lors que l'article 21, paragraphe 1, TFUE (ex 18, paragraphe 1, CE) est d'effet direct, seul l'exercice et non l'existence du droit peut être limité ; les conditions économiques formulées dans les directives ne sont pas constitutives du droit et ne peuvent remettre en cause son existence. L'approche de la Cour a donc conduit à une forte « relativisation » (36) des limites économiques de la liberté de séjour des inactifs à la lumière de sa nature de droit fondamental.

Lors de la phase jurisprudentielle qui a suivi, qualifiée de « réactionnaire » (37), un renversement de perspective remarquable a été opéré. La Cour fait preuve d'une déférence singulière au législateur et se montre prête à relativiser l'importance du droit primaire. Le juge de l'Union reconnaît ainsi qu'il est seulement l'un des acteurs du « pluralisme institutionnel » (38) qui contribuent à donner vie aux dispositions du traité. Par conséquent, les composantes essentielles de la Constitution européenne, tels que les droits de séjour et au traitement égal des citoyens, doivent aussi être concrétisées par le législateur (39). Avec la ligne jurisprudentielle *Dano*, la Cour accepte les limites façonnées par voie législative et se plie à la volonté politique dominante en faveur d'un renforcement de ces limites. Une telle volonté a été constamment exprimée depuis la lettre adressée en avril 2013 à la présidence irlandaise du Conseil de l'Union par les ministres de l'Intérieur des gouvernements autrichien, allemand, néerlandais et britannique. Cette lettre mettait l'accent sur la nécessité de contrôler les abus à la libre circulation et

(35) La Cour utilise une technique similaire de distinction entre existence et exercice en matière de compétences, ce qui conduit à un encadrement européen des compétences nationales. Amplement utilisée dans la jurisprudence sur les libertés du marché intérieur, cette technique est réitérée dans le contexte de la citoyenneté de l'Union, y compris à propos de l'accès aux prestations sociales. Dès lors, si l'existence de la compétence dans la sphère sociale demeure dans les mains des États, son exercice doit respecter les principes de citoyenneté, d'égalité et de liberté de circulation.

(36) F. Wollenschläger, « The judiciary, the legislature and the evolution of Union citizenship », in P. Syrpis (Ed.), *The judiciary, the legislature and the EU internal market*, CUP, 2012, p. 302.

(37) E. Spaventa, « Earned citizenship – understanding union citizenship through its scope », in D. Kochenov (Ed.), *EU citizenship and federalism : The role of rights*, CUP, 2015.

(38) Transposant l'expérience américiane dans le contexte européen, G. Davies, « Legislative control of the European Court of Justice », *CML Rev.*, 2014, p. 1579, affirme que : « The constitution should be the property of all those with a stake in its outcomes, and this philosophical starting point should express itself legally in a situation which may be described in terms of institutional pluralism, or non-dominance, with neither courts nor legislatures able to make their view of the constitution the only one that counts. »

(39) P. Craig, *EU Administrative Law*, OUP, 2006, p. 520 : « where the legislature has given considered thought to the more particular meaning to be accorded to a right laid down in a Treaty article and expressed this through legislation, the courts should treat this with respect. »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

déclarait la guerre au tourisme des prestations (40). Dès lors, la filière jurisprudentielle *Dano* illustre la volonté de la Cour de rééquilibrer sa relation avec le législateur de l'Union ainsi que les États membres dans la construction du statut de citoyen (41).

Dès lors, considérant que « le principe de non-discrimination, consacré de manière générale à l'article 18 TFUE, est précisé à l'article 24 de la directive 2004/38 […] et à l'article 4 du règlement 883/2004 » (42), la Cour place son appréciation sur le seul terrain du droit dérivé, excluant d'ailleurs l'incidence des principes constitutionnels de citoyenneté et d'égalité. Elle arrive ainsi à la conclusion selon laquelle « un citoyen de l'Union, pour ce qui concerne l'accès à des prestations sociales […] ne peut réclamer une égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre d'accueil que si son séjour sur le territoire de l'État membre d'accueil respecte les conditions de la directive 2004/38 » (43). De plus, le raisonnement dégagé par la Cour à propos de l'« assistance sociale » dans les arrêts *Dano*, *Alimanovic* et *Garcia Nieto* (44), est, par la suite, transposé dans le cadre de la « protection sociale » au sens large. En effet, dans l'arrêt *Commission c/ Royaume-Uni*, le critère du « séjour qui respecte les conditions de la directive 2004/38 » devient le préalable nécessaire du droit de bénéficier des prestations de sécurité sociale, régies par le règlement 883/2004 (45).

Quant aux concepts de « charge » et de « charge déraisonnable », ils retrouvent, dans cette chaîne jurisprudentielle, leur fonction originelle de défense des intérêts économiques des États. « Éviter que les citoyens de l'Union ressortissants d'autres États membres deviennent une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil » (46) devient l'objectif principal orientant la lecture de la directive 2004/38, alors que les arrêts *Metock* et *Brey* identifiaient

(40) http://docs.dpaq.de/3604-130415_letter_to_presidency_final_1_2.pdf.

(41) M. Dougan et D. Thym relevant l'effort de la Cour, durant les années récentes, de préserver cet équilibre vertical et horizontal. V. M. Dougan, « The bubble that burst : Exploring the legitimacy of the case law on the free movement of Union citizens » in M. Adams, H. de Waele, J. Meeusen & G. Straetmans (Eds.), *Judging Europe's Judges*, Oxford, Hart, 2013, p. 127 and D. Thym, « Towards 'real' citizenship ? The judicial construction of Union citizenship and its limits », *ibid.*, p. 155.

(42) CJUE (gde ch.), 11 novembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13, EU:C:2014:2358, pt 61.

(43) *Ibid.*, pt 69 ; CJUE (gde ch.), 15 septembre 2015, *Alimanovic*, aff. C-67/14, pt 49.

(44) L'arrêt *Garcia Nieto* consolide l'acquis *Dano-Alimanovic* en affirmant que, durant les trois premiers mois de leur séjour dans l'Etat d'accueil, les citoyens inactifs peuvent être exclus du bénéfice des prestations sociales en dépit du fait qu'ils s'insèrent, par la suite, dans le marché du travail et malgré l'existence de liens familiaux forts dans la société d'accueil.

(45) Voy. les critiques de Ch. O'Brien, « The ECJ sacrifies EU citizenship in vain : *Commission v. United Kingdom* », *CMLRev.*, 2017, p. 209.

(46) CJUE (gde ch.), 11 novembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13, EU:C:2014:2358, pt 74 ; CJUE (gde ch.), 15 septembre 2015, *Alimanovic*, aff. C-67/14, EU:C:2015:597, pt 50.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

comme objectif primaire celui consistant à « faciliter l'exercice du droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres qui est conféré directement aux citoyens de l'Union par le traité » (47). Ce dernier objectif respectait la fonction constitutionnelle de non-régression ou d'effet-cliquet de l'article 21 TFUE. Cette disposition, qui constitue une des bases juridiques de la directive 2004/38, invite le législateur européen à développer (et non pas à restreindre) l'acquis en matière de mobilité des personnes.

Enfin, nous retrouvons le « conservatisme interprétatif » (48) et la tendance à la relativisation du droit primaire, en ce qui concerne la question du maintien de la qualité de travailleur dans l'arrêt *Alimanovic*. La réponse de la Cour est fondée sur le seul article 7, paragraphe 3, de la directive 2004/38 (49) sans considération de l'incidence potentielle de l'article 45 TFUE. Cette approche s'inscrit en contradiction avec le précédent *Saint Prix* (50), affirmant que la directive 2004/38 ne régit pas de manière exhaustive la question du maintien du statut de travailleur (51). L'arrêt *Alimanovic* méconnaît l'enseignement de ce précédent, selon lequel la définition législative n'est pas susceptible de limiter la portée de la catégorie « constitutionnelle » de travailleur consacrée par l'article 45 TFUE ; cette dernière peut s'avérer plus large, plus englobante.

(47) CJCE (gde ch.), 25 juillet 2008, *Metock and others*, aff. C-127/08, EU:C:2008:449, pt 82 ; CJUE, 19 septembre 2013, *Brey*, aff. C-140/12, pt 71. Voy. aussi CJUE, 7 octobre 2010, *Lassal*, aff. C-162/09, EU:C:2010:592, pt 30. Le changement du cadre interprétatif de la directive a été facilité par l'arrêt *McCarthy* (CJUE, Gde chbr., 18 décembre 2014, aff. C-202/13, EU:C:2014:2450), pt 33 : « s'il est vrai que […] la directive 2004/38 a pour but de faciliter et de renforcer l'exercice du droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres conféré directement à chaque citoyen de l'Union, il n'en demeure pas moins que *son objet concerne*, ainsi qu'il ressort de son article 1er, sous a), *les conditions d'exercice de ce droit* ». V. aussi CJUE, Gde chbr., 12 mars 2014, *O.*, aff. C-456-12, EU:C:2014:135, pt 41.

(48) D. Thym, « When Union citizens turn into illegal migrants : The *Dano* case », *EL Rev.*, 2015, p. 249.

(49) Cette disposition énumère les cas particuliers dans lesquels le citoyen de l'Union qui a interrompu son activité professionnelle maintient néanmoins la qualité de travailleur : incapacité de travail temporaire résultant d'une maladie ou d'un accident, chômage involontaire ou formation professionnelle.

(50) CJUE, 19 juin 2014, *Saint Prix*, aff. C-507/12, EU:C:2014:2007.

(51) *Ibid.*, pt 38.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

III. – Les techniques juridiques de révélation des choix politiques de la Cour

A. – De l'importance des questions préjudicielles

« Revisitant » les arrêts fondateurs *Martinez Sala* et *Baumbast*, l'ancien juge néerlandais à la Cour de justice nous rappelle utilement qu'un élément déterminant pour la Cour, quoique souvent négligé par la doctrine, réside dans le contenu des questions préjudicielles (52). Il est alors important d'examiner si les juridictions nationales ont « encouragé » la Cour à dégager les conséquences de l'établissement de la citoyenneté de l'Union. Cela n'est pas le cas concernant l'arrêt *Martinez Sala*, où l'incidence de la citoyenneté ne semble pas avoir été « détectée » par le juge *a quo*. En effet, l'essentiel de ses questions portait sur le statut de travailleur et les droits connexes de la requérante. Cependant, la Cour, suivant l'avocat général La Pergola, profite de la formulation ouverte de la quatrième question préjudicielle se référant à l'incompatibilité potentielle de la mesure nationale avec « la réglementation de l'Union européenne » afin d'introduire dans le débat la citoyenneté, en la combinant à la prohibition des discriminations.

Dans les affaires qui suivent lors de la phase jurisprudentielle « constituante », les questions préjudicielles soit empruntent directement le langage de la citoyenneté (53) soit se réfèrent au rôle éventuel du droit primaire, notamment de la clause générale de non-discrimination en raison de la nationalité (54). Les juridictions nationales paraissent alors réceptives au changement introduit par l'arrêt *Martinez Sala* et la Cour les suit. Elle trouve dans leurs décisions de renvoi un

(52) C. Timmermans, « Martinez Sala and Baumbast revisited », in M. Poiares Maduro & L. Azoulai (eds), *The past and future of EU law. The classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome treaty*, Oxford, Hart, 2010, p. 345 : « there is an element which is often forgotten when wondering why the Court has arrived at a certain interpretation which is considered to be important and innovative. That element is the referral decision of the national court, its motivation and more particularly the content of the preliminary questions themselves. Quite often, a new interpretation given by the Court builds upon the interpretative elements already discussed in the national reference and the arguments submitted by the parties in the main proceedings. It is not rare that it is the question as put forward by the national court and the way in which that question is drafted, which invites the Court to explore new avenues of interpretation and in a way unlocks the door to a new development in the interpretation of Community law. I regard this as one of the more substantive consequences of the dialogue between national courts and the ECJ within the framework of the preliminary procedure. »

(53) Il en va ainsi des questions préjudicielles dans les affaires *Grzelczyk* et *Baumbast* et *Trojani*.

(54) Il en va ainsi des questions préjudicielles dans les affaires *Bidar*, *Collins* et *Vatsouras*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

terreau fertile afin que l'« arbre vivant » (55) de la citoyenneté puisse s'épanouir.

Dans la grande majorité des affaires du bloc jurisprudentiel « réactionnaire », les juridictions nationales continuent à relever l'incidence des dispositions ou des principes du droit primaire, y compris de la Charte des droits fondamentaux (56). C'est seulement dans l'affaire *Brey* que le juge *a quo* pose une question relative à la qualification juridique de « prestation d'assistance sociale » selon la directive 2004/38, sans référence au traité. Cependant, lors de cette phase jurisprudentielle, la Cour évite soigneusement de placer le raisonnement sur le terrain du droit primaire ; elle se contente d'une application littérale de la directive 2004/38.

B. – Naissance, transformation et éclipses d'une formule

L'arrêt *Grzelczyk* a interpellé la doctrine car il a donné naissance à une formule « quasi théologique », d'un genre assez inhabituel dans la jurisprudence de la Cour : « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique » (57). L'origine de cette formule peut être retracée dans les conclusions sous l'affaire *Martinez Sala*, où l'avocat général La Pergola qualifie la citoyenneté de l'Union de « situation juridique de base, garantie au ressortissant de tout État membre par l'ordre juridique de la Communauté et aujourd'hui de l'Union ». (58)

Même si elle est absente des arrêts *Trojani* et *Vatsouras*, la formule de « statut fondamental » se retrouve dans les arrêts *Collins* et *Bidar*, qui étendent le champ matériel de l'article 18 TFUE, susceptible d'être invoqué par les étudiants et les demandeurs d'emploi. Elle semble assumer une fonction de légitimation de l'élargissement du cercle des bénéficiaires des droits sociaux dans l'État d'accueil. En effet, l'idéal de la citoyenneté invite à une interprétation judiciaire conduisant à une

(55) Nous empruntons au constitutionnalisme canadien la métaphore du « living tree ».

(56) La quatrième question préjudicielle dans l'affaire *Dano* plaçait le débat juridique relatif à l'exclusion de l'assistance sociale sur le terrain des articles 1er (dignité humaine), 20 (égalité en droit) et 51 de la Charte.

(57) CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, EU:C:2001:458, pt 31.

(58) Pt 18 des conclusions sous l'affaire *Martinez Sala*. La traduction en anglais de la « situation juridique de base » est « fundamental legal status ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

convergence des statuts en matière de mobilité des personnes, à un rapprochement des catégories des actifs et des inactifs. (59) Ce même objectif semble guider l'intervention législative, comme l'indique la consécration de la formule de « statut fondamental » au considérant 3 de la directive 2004/38. (60)

La formule « conquiert », par ailleurs, progressivement l'ensemble de la jurisprudence sur la citoyenneté, devenant une sorte de *leitmotif*. Elle apparaît même « libérée » de la partie relative aux exceptions dans l'arrêt *Baumbast* (61) avant d'être reprise dans d'autres précédents mettant de la chair sur les os de la citoyenneté de l'Union à propos des questions sensibles, comme la protection du nom en tant qu'élément de l'identité transnationale du citoyen (62), le retrait de nationalité (63), ou la reconnaissance d'un droit de séjour aux parents-ressortissants d'un pays tiers des citoyens de l'Union mineurs (64).

En revanche, la formule s'éclipse de la chaîne jurisprudentielle « réactionnaire ». Elle fait une seule réapparition dans l'arrêt *Dano* (65) mais l'accent est clairement placé sur la partie « limites ». La disparition de la formule de ce corpus jurisprudentiel n'est pas une simple question de rhétorique. Elle indique que l'objectif de rapprochement des catégories des actifs et des inactifs n'est plus d'actualité. La fragmentation des statuts, déterminés par l'activité ou par la capacité économique, demeure et devient même plus marquée. (66)

(59) Voy. D. Thym, « The elusive limits of solidarity : residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens », *C.M.L.Rev.*, 2015, p. 17 : « the Court's famous stipulation […] can be understood as an overarching idea supporting status convergence by way of interpretative or legislative approximation of the diverse legal rules for the different categories of Union citizens. From this angle, citizenship would be the fixed star guiding our approach to particular legal questions ».

(60) En vertu de ce considérant, « la citoyenneté de l'Union devrait constituer le statut de base des ressortissants des Etats membres lorsqu'ils exercent leur droit de circuler et de séjourner librement. Il est par conséquent nécessaire de codifier et de revoir les instruments communautaires existants qui visent séparément les travailleurs salariés, les non salariés, les étudiants et autres personnes sans emploi en vue de simplifier et de renforcer le droit à la liberté de circulation et de séjour de tous les citoyens de l'Union ».

(61) Pt 82 de l'arrêt *Baumbast* : « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres ».

(62) CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, EU:C:2003:539, pt 22.

(63) CJCE (gde ch.), 2 mars 2010, *Janko Rottman*, aff. C-135/08, EU:C:2010:104, pt 43.

(64) CJCE, Ass. Plén., 19 octobre 2004, *Chen*, aff. C-200/02, EU:C:2004:639, pt 25 et CJUE (gde ch.), 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, EU:C:2011:124, pt 41.

(65) CJUE (gde ch.), 11 novembre 2014, *Dano*, EU:C:2014:2358, pt 58.

(66) Ch. O'Brien, « I trade, therefore I am : legal personhood in the European Union », *CMLRev*, 2013, p. 1643.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

C. – Le contrôle de proportionnalité

Lors de la phase jurisprudentielle fondatrice, la Cour accorde une importance cruciale au contrôle de la proportionnalité, découlant de la nature désormais constitutionnelle de la liberté de séjour des inactifs. En effet, dès lors que cette liberté est directement conférée par le traité, les conditions économiques posées par les directives (à savoir la possession des ressources suffisantes et d'une assurance maladie) constituent des restrictions à un droit fondamental et doivent donc se soumettre aux exigences de la proportionnalité. Ainsi, dans les arrêts *Grzelczyk* et *Baumbast*, les mesures nationales qui mettent en œuvre les directives (et qui respectent la lettre de celles-ci), sont jugées disproportionnées car, ayant un caractère quasi-automatique, elles ne permettent pas la prise en compte des circonstances individuelles du migrant dans l'appréciation de la charge qu'il représente pour les finances de l'État d'accueil. (67)

L'approche mettant l'accent sur l'évaluation substantielle au cas par cas, déploie son plein potentiel dans l'arrêt *Bidar*, concernant les étudiants, ainsi que dans les arrêts *Collins* et *Vatsouras*, concernant les demandeurs d'emploi. La Cour met à charge des autorités administratives et des juridictions nationales l'obligation d'apprécier, à partir d'une analyse concrète de la situation personnelle du demandeur d'une prestation sociale, si l'étudiant démontre « un certain degré d'intégration dans la société » (68) ou si le demandeur d'emploi dispose d'« un lien réel avec le marché du travail » (69) de l'État d'accueil. Ainsi conçu, le contrôle de proportionnalité place des limites considérables à la capacité des Etats de refuser aux migrants inactifs le bénéfice des droits sociaux (70). La critique d'un activisme judiciaire déplacé de la part de la Cour n'a pas tardé d'apparaître : en effet, la Cour a été accusée d'utiliser la citoyenneté et le principe de proportionnalité afin de s'affranchir des contraintes interprétatives habituelles et de réécrire les règles du droit dérivé (71).

(67) Voy. M. Dougan, « The constitutional dimension to the case law on Union citizenship », *EL Rev.*, 2006, p. 613.

(68) CJCE (gde ch.), 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, EU:C:2005:169, pts 57, 59 et 61.

(69) CJCE, Ass. Plén, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, EU:C:2004:172, pt 69 et CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras*, aff. jtes C-22/08 et C-23/08, pts 38, 40 et 41.

(70) Voy. Ch. O'Brien, « Real links, abstract rights and false alarms : The relationship between the ECJ's 'real link' case law and national solidarity », *ELRev.*, 2008, p. 643.

(71) Ainsi K. Hailbronner, « Union Citizenship and access to social benefits », *CMLRev*, 2005, p. 1245 : « *the most worrying feature of the Court's recent jurisprudence on Union citizenship from Sala to Bidar is the absence of a convincing methodology and the tendency to interpret secondary Community law against its wording and purpose. Even if under*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Un changement considérable a lieu au sein de la seconde chaîne jurisprudentielle. L'arrêt *Förster*, relatif aux étudiants, annonce le retrait de l'approche fondée sur l'examen individuel. La Cour accepte qu'il ne soit pas disproportionné pour un État d'apprécier le degré d'intégration de l'étudiant en fonction du critère unique d'un séjour préalable de cinq ans sur le territoire national, sans prendre en considération les circonstances particulières de l'étudiant en question. La Cour semble ainsi aligner (par anticipation dès lors que la directive n'était pas applicable en l'espèce) son interprétation du droit primaire sur la solution du législateur. En effet, le deuxième paragraphe de l'article 24 de la directive 2004/38 introduit, concernant les étudiants, une dérogation importante à la règle générale du traitement égal des citoyens migrants énoncée par le premier paragraphe (72). Ainsi, l'État d'accueil n'est pas tenu de leur octroyer des aides d'entretien durant les cinq premières années de leur séjour.

Si l'arrêt *Förster* indiquait une solution particulière pour les étudiants, concernant les autres inactifs, l'arrêt *Brey* suggérait le maintien d'un contrôle strict de proportionnalité. Ce contrôle impliquait, d'une part, l'examen de la situation particulière du demandeur et d'autre part, une évaluation collective de la charge, à savoir la considération de l'effet cumulatif des demandes des migrants sur la viabilité du système national de protection sociale (73). Cependant, cet examen de « proportionnalité ascendante et descendante » (74) est complètement

secondary Community legislation there are fairly clear provision making residence rights dependent on fulfillment of certain conditions or excluding a specific type of social benefits from the entitlement under Community law, the Court has little scruple in attributing to Community law quite a different meaning from what would follow from an unbiased interpretation on the basis of the objective wording of its provision, its systematic context and its purpose. Union citizenship and the principle of proportionality are used to rewrite the rules laid down in secondary Community law ».

(72) En vertu, de l'article 24.2 de la directive 2004/38, « l'État membre d'accueil n'est pas […] tenu, avant l'acquisition du droit de séjour permanent, d'octroyer des aides d'entretien aux études, y compris pour la formation professionnelle, sous la forme de bourses d'études ou de prêts, à des personnes autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non salariés, les personnes qui gardent ce statut, ou les membres de leur famille. » Il y a lieu de rappeler que le droit de séjour permanent est acquis après cinq ans de séjour légal et continu en vertu de l'article 16 de la directive 2004/38.

(73) Les points 64, 72 and 77 de l'arrêt CJUE, 19 septembre 2013, *Brey*, aff. C-140/12, EU:C:2013:565, se réfèrent aux effets « sur l'ensemble » du système d'assistance sociale de l'État d'accueil.

(74) « Ascendante » du point de vue de l'État d'accueil et « descendante » du point de vue du citoyen : J.-Y. Carlier, « Chronique : La libre circulation des personnes dans l'Union européenne. Année 2014 », *JDE*, 2015, p. 166. Cette combinaison a été critiquée comme ne pouvant pas clairement guider le juge national et comme étant susceptible de conduire à des résultats divergents : H. Vershueren, « Free movement or benefit tourism : The unreasonable burden of *Brey* », *European Journal of Migration and Law*, 2014, p. 147.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

absent de l'arrêt *Dano* (75). *L'arrêt Alimanovic* vient ensuite indiquer explicitement que le contrôle de proportionnalité n'implique plus l'examen individuel. Il prend alors le contre-pied des arrêts *Collins* et *Vatsouras*, concernant les demandeurs d'emploi, de la même manière que l'arrêt *Förster* change la donne par rapport à l'arrêt *Bidar*, concernant les étudiants. Enfin, s'appuyant sur le précédent *Alimanovic*, la Cour affirme, dans l'arrêt *Garcia Nieto*, que si l'examen de la situation individuelle du demandeur n'est pas nécessaire dans le cas d'un demandeur d'emploi n'ayant plus le statut de travailleur, « il en va *a fortiori* de même » (76) en ce qui concerne les citoyens inactifs durant les trois premiers mois de leur séjour dans l'État d'accueil.

Comment la Cour explique-t-elle l'abandon de l'examen individuel ? Elle considère que l'analyse de la proportionnalité a été préemptée par le législateur, que les exigences déduites de ce principe ont été « internalisées » par le droit dérivé : « *la directive 2004/38*, établissant un système graduel du maintien du statut de travailleur qui vise à sécuriser le droit de séjour et l'accès aux prestations sociales, *prend elle-même en considération différents facteurs caractérisant la situation individuelle de chaque demandeur d'une prestation sociale* et, notamment, la durée de l'exercice d'une activité économique » (77). Cependant, la directive 2004/38 laissait clairement de la place à une analyse substantielle de la proportionnalité par le juge : son considérant 16 (78) ainsi

(75) Cette absence a interpellé la doctrine. Voy., par exemple, S. Barbou des Places, « La cohérence du droit de la libre circulation des personnes à l'épreuve de la mobilité des indigents », *RTDE*, 2015, p. 133 : « on peut supposer que l'absence d'analyse de la proportionnalité, dans l'arrêt *Dano*, tient d'abord à la différence des faits. Madame Dano n'a jamais travaillé et rien n'indique qu'elle cherche un emploi. Il est inapproprié dans son cas de conclure à un besoin « temporaire ». Par ailleurs, alors que les époux *Brey* demandaient un supplément correspondant à un tiers de leurs revenus, Madame Dano dépend presque totalement de l'assistance sociale allemande. Tous les indicateurs d'une charge « déraisonnable » sont par conséquent au rouge, si bien que la Cour ne croit pas nécessaire de demander au juge de vérifier la proportion des bénéficiaires de cette prestation qui ont la qualité de citoyen de l'Union en Allemagne. À moins qu'en taisant l'importance du contrôle de proportionnalité, la Cour ait endossé, au moins inconsciemment, la crainte d'une liberté de circulation détournée de ses finalités par des « touristes » qui abusent des systèmes de protection sociale. Rien dans la formulation de l'arrêt n'étaye une telle hypothèse. Mais convenons que Madame Dano, en raison de sa situation, incarne bien cette figure fantasmée. »

(76) CJUE, 25 février 2016, *Garcia Nieto*, aff. C-299/14, EU:C:2016:114, pt 48.

(77) CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, aff. C-67/14, EU:C:2015:597, pt 60. Souligné par nous.

(78) Ce considérant fait écho à l'arrêt *Grzelczyk* (CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-184/99, EU:C:2001:458) en énonçant qu' « une mesure d'éloignement ne peut pas être la conséquence automatique du recours à l'assistance sociale. L'État membre d'accueil devrait examiner si, dans ce cas, il s'agit de difficultés d'ordre temporaire et prendre en compte la durée du séjour, la situation personnelle et le montant de l'aide accordée, afin de déterminer si le bénéficiaire constitue une charge déraisonnable pour son système d'assistance sociale et de procéder, le

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

que son article 8, paragraphe 4 (79) se référant explicitement à l'examen de la situation personnelle du demandeur, constituent des expressions spécifiques du principe général de proportionnalité, qui devrait continuer à s'appliquer par le juge. Cette approche serait conforme à l'ambition, rappelée par le considérant 4 de la directive, de dépassement, au nom de la citoyenneté, de l'approche sectorielle et fragmentaire de la liberté de séjour.

Il apparaît, toutefois, que, en écartant l'examen individuel, la Cour a été sensible aux critiques pointant les inconvénients de cette approche en termes de prévisibilité des droits des citoyens ainsi qu'au regard des besoins des administrations nationales, désireuses de disposer des critères clairs et d'application aisée et rapide (80). Ces critiques, plaidées avec succès par le gouvernement allemand dans les affaires *Alimanovic* et *Garcia Nieto*, sont liées à l'exigence essentielle de sécurité juridique et ne pouvaient être ignorées. Reste, cependant, le fait que l'approche de la Cour dans les arrêts *Alimanovic* et *Garcia Nieto* (ainsi que *Förster*) cadre mal avec l'enseignement principal d'un corpus jurisprudentiel fourni, selon lequel les mesures nationales posant une condition unique et inflexible (en particulier, une exigence d'un séjour d'une certaine durée) et excluant la prise en compte de la situation personnelle du demandeur, ne respectent pas le test de la nécessité inclus dans le contrôle de proportionnalité (81). Cette absence de cohérence de la jurisprudence est loin de satisfaire aux impératifs de la sécurité juridique.

Enfin, la Cour précise, dans les arrêts *Alimanovic* et *Garcia Nieto*, que « s'agissant de l'examen individuel visant à procéder à une appréciation globale de la charge que représenterait concrètement l'octroi d'une prestation sur l'ensemble du système national d'assistance

cas échéant à son éloignement. » L'interdiction des éloignements-conséquence automatiques du recours à l'assistance sociale est inscrite à l'article 14.3 de la directive.

(79) En vertu de cet article, « les États membres ne peuvent pas fixer le montant des ressources qu'ils considèrent comme suffisantes, mais ils doivent tenir compte de la situation personnelle de la personne concernée. »

(80) CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, aff. C-67/14, EU:C:2015:597, pt 61 et CJUE, 25 février 2016, *Garcia Nieto*, aff. C-299/14, EU:C:2016:114, pt 49, la Cour se réfère à la nécessité pour les intéressés « de connaître sans ambiguïté leurs droits et leurs obligations » ainsi qu'à l'exigence d'« un niveau élevé de sécurité juridique et de transparence dans le cadre de l'octroi de prestations d'assistance sociale ».

(81) CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, EU:C:2002:432 ; CJCE, 22 mai 2008 *Nerkowska*, aff. C-499/06, EU:C:2008:300 ; CJUE, 21 juillet 2011, *Stewart*, aff. C-503/09, EU:C:2011:500 ; CJUE, 14 juin 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-542/09, EU:C:2012:346 ; CJUE, 4 octobre 2012, *Commission c/ Autriche*, aff. C-75/11, EU:C:2012:605 ; CJUE, 20 juin 2013, *Giersch*, aff. C-20/12, EU:C:2013:411 ; CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz & Seeberger*, aff. jtes C-523 et 585/11, EU:C:2013:524 ; CJUE, 26 février 2015, *Martens*, aff. C-359/13, EU:C:2015:118.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sociale en cause au principal, il convient de relever que l'aide accordée à un seul demandeur peut difficilement être qualifiée de « charge déraisonnable » pour un État membre, au sens de l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2004/38, laquelle serait susceptible de peser sur l'État membre concerné non pas après qu'il a été saisi d'une demande individuelle, mais nécessairement au terme d'une addition de l'ensemble des demandes individuelles qui lui seraient soumises » (82). Autrement dit, c'est l'« effet cumulatif » des demandes qui est pris en compte par la Cour pour affirmer l'existence d'une charge pour l'État d'accueil. Cependant, à aucun moment, la Cour n'exige des autorités nationales d'apporter une preuve concrète de cet effet. Ce laxisme tranche avec les exigences d'un précédent important en matière de libre circulation des étudiants, l'arrêt *Bressol* (83). Selon cet arrêt, « il importe qu'une telle analyse objective, circonstanciée et chiffrée soit en mesure de démontrer, à l'aide de données sérieuses, convergentes et de nature probante, qu'il existe effectivement des risques ». (84)

IV. – Les choix politiques sous-jacents : deux visions de citoyenneté

La jurisprudence reflète et promeut deux visions différentes de citoyenneté :

Le bloc jurisprudentiel fondateur concrétise la volonté de bâtir un statut fondamental protecteur du migrant, notamment vulnérable. L'accent est placé sur les droits individuels du migrant (*rights-based approach*) : les droits de séjour et au traitement égal sont conçus à travers le prisme de l'appartenance sociale plutôt que de la participation économique (85). Ils deviennent alors des instruments d'émancipation de l'individu (86) et de re-définition de sa place au sein de la société d'accueil.

(82) CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, aff. C-67/14, EU:C:2015:597, pt 62. Cette affirmation est réitérée dans l'arrêt CJUE, 25 février 2016, *Garcia Nieto*, aff. C-299/14, EU:C:2016:114, pt 50.

(83) CJUE, 13 avril 2010, *Bressol*, aff. C-73/08, EU:C:2010:181. Cet arrêt concernait la question des quotas d'étudiants non-nationaux pour certains cycles d'études universitaires (notamment médecine) en Belgique.

(84) *Ibid.*, pt 71.

(85) Concernant le changement conceptuel, voy. F. Wollenschläger, « A new Fundamental Freedom beyond market Integration : Union Citizenship and its Dynamics for shifting the Economic Paradigm of European Integration », *ELJ*, 2011, p. 30.

(86) Sur la question de l'émancipation de l'individu, voy. E. Dubout, « L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus » in *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 135.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

En offrant des garanties pour l'intégration sociale de l'individu (87) et en affirmant l'existence d'une solidarité transnationale, la Cour élabore la dimension sociale de la citoyenneté de l'Union (88), absente du traité, et dessine « les contours d'une union européenne sociale » (89) Cette démarche de dénationalisation des droits sociaux a, cependant, eu lieu au détriment des intérêts financiers et de la capacité des États de délimiter le périmètre des bénéficiaires de la solidarité nationale. En d'autres termes, la citoyenneté européenne sociale, telle que dégagée de la jurisprudence de la Cour, a affecté le pouvoir d'auto-détermination de l'État dans la sphère sociale, considéré par la Cour constitutionnelle allemande comme inhérente à l'identité nationale (90). Les réactions à l'égard de la remise en cause, par voie judiciaire, du cadre national de distribution des richesses et des opportunités étaient, par conséquent, inévitables (91).

Dès lors, durant la phase jurisprudentielle actuelle, la Cour se montre plus sensible aux préoccupations des sédentaires qu'aux intérêts des mobiles. Après avoir placé l'accent sur l'aspect « droits » du statut de citoyen, elle porte désormais l'attention aux *devoirs* du migrant (92), notamment celui de contribuer à la société d'accueil. La prémisse qui sous-tend la jurisprudence semble être la suivante : la citoyenneté de l'Union offre à l'individu le pouvoir de choisir la communauté nationale de laquelle il souhaite devenir membre (93). Or, ce pouvoir de choisir ses attaches s'accompagne des responsabilités, l'appartenance implique une réciprocité des droits et des obligations. Dès lors, le migrant doit activement chercher à développer des liens stables et une loyauté à l'égard de la société d'accueil, en s'insérant dans des structures sociétales essen-

(87) Sur l'importance de l'intégration sociale, v. L. Azoulai, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in G. Cohen-Jonathan (Ed.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'Honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1 ; et l'ensemble des contributions dans V. Michel (dir.), « Vers un principe d'intégration sociale de la personne en droit de l'Union européenne ? », *RAE*, 2013/4.

(88) Voy. C. Barnard, « EU citizenship and the principle of solidarity » ainsi que M. Dougan & E. Spaventa, « 'Wish you weren't here…' New models of social solidarity in the European Union », in M. Dougan and E. Spaventa (eds), *Social welfare and EU law*, Oxford, Hart, 2005, chapitres 8 et 9.

(89) Ainsi K. Lenaerts et T. Heremans, « Contours of a European social union in the case-law of the European Court of Justice », *European Constitutional Law Review*, 2006, p. 101.

(90) Voy. le point 249 de la décision de la Bundesverfassungsgericht, du 30 juin 2009 sur le traité de Lisbonne, 2 BvE 2/08.

(91) Voy., par exemple, C. Tomuschat, « Annotation of *Martinez Sala* », *CML Rev.*, 2000, p. 449 qui refuse l'existence d'une union européenne sociale dès lors que les revenus et les charges ne sont pas partagés indépendamment des frontières nationales.

(92) N. Nic Shuibhne, « Limits rising, duties ascending : The changing legal shape of Union citizenship », *CML Rev.*, 2015, p. 889.

(93) Voy. A. Iliopoulou-Penot, « The transnational character of Union citizenship », in M. Dougan, E. Spaventa & N. Nic Shuibhne (Eds.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*, Oxford, Hart, 2012, p. 15.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

tielles, telles que le marché du travail, la famille et le système d'éducation (94). En d'autres termes, il doit devenir un « bon citoyen » (95), « responsable » et « méritant ». En fin de compte, la jurisprudence rappelle l'idée essentielle selon laquelle la citoyenneté de l'Union (96), comme toute citoyenneté, ne peut être conçue sans devoirs (97).

Le devoir, implicite dans la jurisprudence, du citoyen migrant de prendre une part active au bien-être économique de l'État d'accueil est preuve de la résistance du paradigme de « citoyenneté de marché » (98) en tant que catégorie doctrinale pertinente pour saisir la citoyenneté de l'Union. Dans le même temps, en allouant la responsabilité pour les individus indigents à l'État d'origine, la jurisprudence véhicule un mouvement de « re-nationalisation de la citoyenneté sociale » (99). Ainsi, « le lien ultime de solidarité reste, même dans un espace aussi intégré que l'Union européenne, le lien de nationalité » (100). Cette association semble, par ailleurs, confirmer la thèse selon laquelle la citoyenneté sociale est difficile à concevoir indépendamment d'une citoyenneté politique (cette dernière étant pour l'essentiel liée à la nationalité). En effet, une véritable citoyenneté sociale doit être associée à un statut politique qui permet à l'individu de peser sur la détermination du contenu des politiques sociales et des droits correspondants.

Enfin, lors du cycle jurisprudentiel actuel, la défense de la dimension collective de la solidarité nationale prime sur l'intérêt individuel des migrants de s'y insérer. La Cour respecte l'autonomie des États quant à la définition des bénéficiaires de la solidarité nationale, qui comporte

(94) Voy. L. Azoulai, « The European individual as part of collective entities (market, family, society) » in L. Azoulai, E. Pataut et S. Barbou des Places (Eds.), *Ideas of the Person and Personhood in European Union Law*, Hart, 2016, p. 115. Il note the « shift emerging in EU law from integration as responsibility for Member States authorities to take care of European individuals and to respect their differences to integration as a requirement for the foreigner to assimilate the national community ».

(95) Concernant les figures du « bon » et du « mauvais » citoyen voy. L. Azoulai, « Transforming European citizenship : From Member State territory to Union territory » in D. Kochenov (Ed.), *EU Citizenship and Federalism : The Role of Rights*, CUP, 2015.

(96) E. Spaventa, « Striving for equality : Who 'deserves' to be a Union citizen ? » in A. Tizzano et al. (Eds.), *Scritti in Onore di Giuseppe Tesauro*, Editoriale Scientifica, 2014.

(97) Voy. à l'encontre de cette vision D. Kochenov, « EU Citizenship without duties », *ELJ*, 2014, p. 482. Voy. aussi la réponse de R. Bellamy, « A duty-free Europe ? What's wrong with Kochenov's account of EU citizenship rights », *ELJ*, 2015, p. 558.

(98) Voy. N. Nic Shuibhne, « The resilience of EU market citizenship », *CML Rev.*, 2010, p. 1597 et D. Kochenov, « The essence of EU Citizenship emerging from the last ten years of academic debate : Beyond the cherry blossoms and the moon ? », *ICLQ*, 2013, p. 97.

(99) E. Dubout, « L'échec de la citoyenneté européenne ? Les mutations d'une citoyenneté complexe en période de crise identitaire », *Jus Politicum*, 2017, p. 283.

(100) Voy. E. Pataut, « Quelle solidarité ? Sécurité sociale et assistance sociale », *RTDE*, 2015, p. 640.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

un pouvoir d'exclusion. Dans l'exercice de ce pouvoir, concrétisé par l'adoption de mesures de lutte contre le tourisme des prestations, ils se voient désormais reconnaître une large marge d'appréciation.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 11 - Citoyenneté de l'Union et accès des inactifs aux prestations sociales dans l'État d'accueil
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 12.

LA POLITIQUE SOCIALE

Stéphane de La Rosa

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil, MIL EA 7382

Le fil conducteur des travaux réunis dans le présent ouvrage est de proposer un autre regard sur la Cour de justice et sa jurisprudence (1). Entre une restitution strictement positive de celle-ci et la mise en avant de modèles explicatifs trop théoriques et excessivement éloignés de la pratique contentieuse, une voie médiane peut être envisagée. Cette approche consiste à partir de la jurisprudence telle qu'énoncée par la Cour pour montrer la manière dont le juge façonne un objet, en suivant un cadre général d'interprétation et en usant d'un système de formules. Il est, en effet, établi que la Cour développe un raisonnement qui privilégie la redondance de l'interprétation, en assemblant et en composant des formules signifiantes et récurrentes (2). Ce raisonnement permet de produire des arguments dans un contexte donné, sans pour autant sacrifier à la nécessité d'instituer un cadre herméneutique. Révéler le sens de ces formules, envisager les rationalités qui leurs seraient sous-jacentes, n'est guère éloigné de la méthode du « faiseur de systèmes », jadis évoquée par Jean Rivero ; à travers elle, il s'agit de passer « du concret à l'abstrait, du multiple à l'un », en dégageant les aspects fondamentaux de formules et de règles techniques (3).

La jurisprudence dans le cadre de la politique sociale est un terrain propice pour proposer une telle systématisation. Son champ matériel est relativement étendu : outre les mesures de politique sociale qui se rattachent au titre X du TFUE, il convient également d'y adjoindre

(1) Voy. l'introduction de L. Clement-Wilz et le Chapitre 1 d'A.Vauchez, « Le travail politique du droit ou comment réfléchir au « rôle politique » de la Cour ? », *cet ouvrage*.

(2) Nous rejoignons ici L. Azoulai, « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », in E. Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, coll. Droit de l'Union, série Colloques, 2013, p. 341

(3) J. Rivero, « Apologie pour les 'faiseurs de systèmes' », Paris, Dalloz, 1957, Chronique XXIII, 26e cahier.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

les litiges relatifs aux libertés de circulation qui interfèrent avec la matière sociale (par exemple les affaires relatives au détachement des travailleurs), ceux relatifs aux droits ou principes sociaux contenus dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union ou encore les arrêts qui mobilisent le principe de non-discrimination, spécialement par rapport à l'âge et/ou aux situations au travail (4).

Cette diversité matérielle est de nature à expliquer une certaine abondance quantitative de la jurisprudence pertinente. Sur une décennie, l'on peut dénombrer, en moyenne, entre 30 et 40 affaires par an (5), soit plus que les litiges correspondant à la plupart des autres politiques sectorielles. Ces affaires sont très hétérogènes, tant au regard des normes qu'elles mobilisent que de leur contexte factuel. À côté d'arrêts de principe, passés à la postérité, comme *Sabena* (6), ou d'arrêts rendus dans des contentieux socialement sensibles, tels que *Viking et Laval* (sur le détachement) (7), la jurisprudence se caractérise par un foisonnement de décisions, en apparence plus anecdotiques, qui portent sur l'application à des situations individuelles de travail des directives d'harmonisation. Intervenant le plus souvent dans le cadre de renvois préjudiciels en interprétation soulevés par des juges du fond, ces arrêts renvoient à des considérations très concrètes, telles que les conditions posées par le droit interne pour ouvrir le droit aux congés payés, l'appréciation des conditions objectives justifiant un renouvellement d'un contrat à durée déterminée ou encore les modalités retenues pour calculer les seuils déclenchant la mise en place d'institutions représentatives du personnel dans une entreprise.

Pour saisir les principales orientations de la jurisprudence dans le champ social, et pour éviter un biais, trop répandu, qui consisterait à ne raisonner qu'à partir de soi-disant « grands arrêts », ces différences de contextes doivent être saisies et intégrées. L'étendue de ce cadre

(4) Le principe général de non-discrimination par rapport à l'âge est à l'origine d'une jurisprudence abondante depuis l'arrêt de principe *Mangold*, CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold c/ Rüdiger Helm*, aff. C-144/04, *Rec.* p. I-9981.

(5) Les statistiques qui figurent dans les rapports annuels de la Cour de justice font état d'un nombre toujours substantiel d'affaires en lien avec la politique sociale. Sur une période de dix ans, on peut dénombrer : 29 affaires en 2006, 42 affaires en 2007 (dont 32 renvois préjudiciels, RP), 31 affaires en 2008 (30 RP), 32 affaires en 2009 (28 RP), 36 affaires en 2010 (35 RP), 41 affaires jugées en 2011 (dont 37 RP), 38 affaires en 2012 (dont 34 RP), 43 affaires en 2013 (37 RP), 25 affaires 2014 (20 RP), 33 affaires en 2015, 30 en 2016.

(6) CJCE, 8 avril 1976, *G. Defrenne c/ Sabena*, aff. 43/75, *Rec.* p. 455

(7) CJCE (gde ch.), 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, EU:C:2007:809 ; CJCE (gde ch.), 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, EU:C:2007:772.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

empirique nécessite de procéder, à titre introductif, à une classification des principaux types de litiges dont la Cour a à connaître en matière sociale.

Une première série d'arrêts porte sur l'interprétation des directives d'harmonisation, fondées sur l'article 153, paragraphe 2, du TFUE. Pour l'essentiel, ceux-ci portent sur la directive relative au temps de travail (2003/88CE) (8), la directive sur les transferts d'entreprise (2001/23/CE) (9), la directive sur les licenciements collectifs (98/59/CE) (10), ainsi que celle sur l'information et la consultation des travailleurs (11). On peut rattacher à ce bloc contentieux les affaires relatives aux accords-cadres conclus par les partenaires sociaux, sur le fondement de l'article 155 TFUE, relatifs au congé parental (12), à la limitation du recours des contrats à durée déterminée (13) ou à l'encadrement du temps partiel (14). Pour procéder à l'interprétation de ces textes, le juge doit prendre en compte leur caractère d'harmonisation minimale. Il s'agit là d'une caractéristique qui résulte du droit primaire lui-même, dès lors que l'article 153, paragraphe 1, du TFUE, qui identifie les domaines susceptibles de faire l'objet d'une harmonisation par voie de directive, énonce sans ambiguïté que les directives contiennent « des prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres. Ces directives évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises ». Eu égard à cette contrainte, la Cour ne peut procéder à une interprétation

(8) Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *JOUE* n° L 229, 18 novembre 2003, p. 1.

(9) Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *JOUE* n° L 82/1, 22 mars 2001.

(10) Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, *JOUE* n° L 225, 12 août 1998, p. 1.

(11) Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, *JOUE* n° L 80, 23 mars 2002, p. 1.

(12) Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE, *JOUE* n° L 68, 18 mars 2010, p. 1.

(13) Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, *JOUE* n° L 175, 10 juillet 1999, p. 1.

(14) Directive 1997/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *JOUE* n° L 14, 20 janvier 1998, p. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des textes susceptible d'étendre leur champ matériel ; elle ne peut, également, remettre en cause la marge de manœuvre des États au titre de la protection nationale renforcée. Aussi, ses techniques classiques d'interprétation, telle que la recherche de l'effet utile, doivent être mises en œuvre en prenant en compte le caractère national de nombreuses compétences.

Un deuxième ensemble d'affaires se rattache au contentieux des libertés de circulation, lorsqu'elles sont invoquées dans une relation de travail ou lorsqu'elles interfèrent avec une mesure édictée par le droit social interne. Le détachement est significatif de ce cas de figure. En dépit de l'existence d'une directive, fondée sur la libre prestation de services, qui identifie un noyau dur d'exigences applicables au travailleur détaché (15) (telles que le salaire minimal dans l'État d'accueil, le droit aux congés, l'égalité de traitement), les mesures prises par les États pour contrôler et/ou limiter les pratiques de détachement sont considérées comme des restrictions à la libre prestation de services et appréciées à l'aune du régime général des libertés de circulation. Un tel schéma se retrouve dans les célèbres affaires *Viking* et *Laval*. Plus généralement, toutes les fois où une réglementation interne ne rentre pas dans le champ d'une directive et que, par ses effets, celle-ci est considérée comme une entrave, le raisonnement sur le terrain des libertés économiques (essentiellement libre prestation de services et établissement) est privilégié. Tel a été, par exemple, le cas dans l'affaire *AGET* (16), où était en cause la compatibilité avec la liberté d'établissement d'une réglementation nationale (en Grèce) qui subordonne des mesures de licenciement collectif à une autorisation administrative préalable. Lorsque les libertés économiques sont en cause, la Cour est confrontée à une autre contrainte, qui tient à la nécessité d'adapter à la matière sociale le raisonnement par l'entrave et la justification, lequel caractérise le régime des libertés de circulation. La mise en évidence d'un éventuel « choix politique » du juge se révèle alors plus incertaine.

Enfin, un troisième bloc d'affaires se rattache à l'interprétation de normes ou principes fondamentaux, contenus dans la Charte des droits fondamentaux ou rattachables à des principes généraux du droit de l'Union, tels que le principe général de non-discrimination par rapport

(15) Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JOCE* n° L 18, 21 janvier 1997, p. 1. Cette directive, actuellement en cours de révision, a été précisée par une directive d'exécution, directive 2014/67/UE.

(16) CJUE, 21 décembre 2016 *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis)*, aff. C-201/15, EU:C:2016:972.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à l'âge (17). La Cour s'inscrit alors dans la position d'un juge des droits fondamentaux, qui doit veiller à l'effectivité des garanties fondamentales contenues dans le droit primaire. Mais cette posture nécessite de prendre en compte de nouvelles contraintes. En effet, les droits sociaux reconnus dans le titre IV de la Charte des droits fondamentaux ont, au regard des qualifications retenues par les rédacteurs de la Charte, la valeur de principes. Il en découle, en vertu de l'article 52, paragraphe 4, qu'ils ne sont pas invocables à titre autonome car ils nécessitent un relais normatif qui les concrétise, soit par l'intermédiaire d'une directive, soir par une norme de droit interne (18). Cette contrainte d'invocabilité conduit à la limiter la justiciabilité de la Charte et peut expliquer les divergences d'approches que retient la Cour dans le traitement des droits sociaux fondamentaux.

En prenant en compte cette diversité de types de contentieux, la jurisprudence en matière sociale peut être systématisée autour de quatre idées principales, développées ci-après : recherche d'une protection effective du travailleur (I), reconnaissance de la marge de manœuvre des États (II), tentative d'adaptation du principe de proportionnalité (III), limitation de la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux (IV).

I. – Une interprétation globalement protectrice des directives d'harmonisation

En dépit du nombre plutôt réduit de directives, et de leur caractère d'harmonisation minimale, la Cour de justice a, suivant en cela son approche usuelle, cherché à donner le plein effet à ces textes. Leur interprétation peut, à grands traits, être présentée comme étant protectrice du travailleur et individualiste dans la conception qu'elle retient de celui-ci.

En premier lieu, la jurisprudence a progressivement façonné une formule pour rendre compte de la spécificité des droits contenus dans les différentes directives d'harmonisation. Depuis un arrêt *BECTU* du 26 juin 2011 (19), rendu dans le cadre de la directive sur le temps de

(17) CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, préc.

(18) Art. 52, § 5, de la Charte : « Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

(19) CJCE, 26 juin 2001, *The Queen contre Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, aff. C-173/99, *Rec.* p. I-4881.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

travail, la Cour utilise itérativement la formule selon laquelle le « droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière, auquel il ne peut être dérogé et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive elle-même ». Dans l'affaire *BECTU*, qui portait sur les limitations posées par le droit britannique pour ouvrir le droit aux congés, l'emploi de l'expression « principe revêtant une importance particulière » était en-deçà des qualifications utilisées par l'avocat général Tizzano, qui considérait, de manière plus classique, le droit au congé comme un droit fondamental.

Malgré son caractère inédit et singulier (la référence à un principe « revêtant une importance particulière » ne retrouve pas dans d'autres contentieux), cette formulation va progressivement s'étendre à la plupart des litiges relevant des directives d'harmonisation. Utilisée à plusieurs reprises pour qualifier le droit aux congés (20), l'expression sera ultérieurement employée pour qualifier le droit à une durée maximale du travail dans le cadre de la directive temps de travail (21), pour caractériser, dans le cadre de l'accord-cadre sur les CDD, la nécessité d'identifier des raisons objectives pour renouveler le contrat (22), pour apprécier le droit aux congés dans le champ spécifique de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel (23), ou encore, plus récemment, pour qualifier le droit au congé parental (24).

(20) Outre l'arrêt *Bectu*, la qualification a été utilisée, pour le droit aux congés, dans les affaires suivantes : CJCE, 20 janvier 2009, *Schultz-Hoff e.a.*, aff. jtes. C-350/06 et C-520/06, *Rec.* p. I-179, pt 22 ; CJCE, 10 septembre 2009, *Vicente Pereda*, aff. C-277/08, *Rec.* p. I-8405.

(21) En ce sens, l'arrêt *Dellas*, CJCE, 1er décembre 2005, *Abdelkader Dellas c/ Premier ministre*, aff. C-14/04, *Rec.* p. I-253, pt 49 : « les différentes prescriptions que ladite directive énonce en matière de durée maximale de travail et de temps minimal de repos constituent des règles du droit social de l'Union revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé ».

(22) CJCE, 13 septembre 2007, *Del Cerro Alonso c/ Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*, aff. C 307/05, *Rec.* p. I-7109, pt. 38 « la clause 4 de l'accord-cadre [relative à la nécessité d'identifier des raisons objectives pour justifier le renouvellement du contrat à durée déterminée] doit être comprise comme exprimant un principe de droit social de l'Union qui ne saurait être interprété de manière restrictive ». La qualification de « principe de droit social de l'Union » appliquée à l'obligation, inscrite à la clause 4 de l'accord cadre, de prévoir des conditions d'emploi similaires pour les salariés sous CDD par rapport à ceux en CDI a été depuis lors confirmée : CJUE, 22 décembre 2010, *Gavieiro Gavieiro et Iglesias Torres*, aff. jtes. C-444/09, C-456/09, EU:C:2010:819, pt 49 ; CJUE, 13 mars 2014, *Nierodzik*, aff. C-38/13, EU:C:2014:152, pt 24.

(23) CJUE, 22 avril 2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, aff. C-486/08, EU:C:2010:215.

(24) CJUE, 7 septembre 2017, *H. c/ Land Berlin*, aff. C-174/16, EU:C:2017:637, pt 44 : la clause 5 (de l'accord-cadre sur le congé parental) « exprime un principe de droit social de l'Union qui revêt une importance particulière, et, d'autre part, concrétise le droit au congé

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La référence au « principe de droit social » (et non à un principe général de droit de l'Union ou à un principe fondamental) est une marque de spécificité du contentieux relatif aux directives en matière sociale. Il traduit la volonté de la Cour de justice d'aligner le contentieux né de ces directives sur son cadre traditionnel d'interprétation, caractérisé par une appréciation stricte des restrictions, la recherche de la plus grande effectivité des droits pour les bénéficiaires et la préférence pour le recours à des notions autonomes. D'une certaine manière, la Cour, par cette formule, cherche à conforter ses canons classiques d'interprétation dans les litiges en matière sociale, pour justifier une notion autonome de travailleur, une interprétation restrictive des législations qui limitent l'ouverture du droit au congé, ou encore une appréciation stricte du temps d'astreinte (dans le contentieux du temps de travail). Néanmoins, la référence au « principe d'une importance particulière » ne s'assimile pas à la reconnaissance d'un principe général du droit. Il en résulte, ainsi que l'a souligné le gouvernement français dans l'affaire *Domiguez* (25), que le juge national, confronté à des dispositions nationales qui seraient contraires au droit de l'Union, ne serait pas tenu de laisser inappliqué la disposition nationale contraire.

En second lieu, ces qualifications spécifiques sont, à la lecture des arrêts, essentiellement guidées par la recherche d'une protection effective de la santé et de la sécurité du travailleur. En d'autres termes, c'est essentiellement sa situation individuelle qui justifie ces principes « d'une importance particulière », bien plus qu'une hypothétique volonté de la Cour de systématiser un ensemble de droits sociaux, individuels ou collectifs. Ainsi, au sujet du droit à un congé annuel, la Cour considère que « la finalité du droit au congé annuel payé est de permettre au travailleur de se reposer et de disposer d'une période de détente et de loisir » (26). De même, s'agissant du droit à l'information et à la consultation des travailleurs, celui-ci doit être conçu comme une garantie minimale due au travailleur dans l'entreprise, indépendamment des modalités concrétisations par le droit interne (27). En lien avec cette approche ciblée sur le travailleur « situé », cette approche des principes spécifiques aux directives sociales permet à la Cour d'éviter

parental garanti, par ailleurs, en tant que droit fondamental à l'article 33, paragraphe 2, de la Charte ».

(25) CJUE, (gde ch.), 24 janvier 2012, *Dominguez*, aff. C-282/10, EU:C:2012:33, pts 22 à 43.

(26) CJCE, (gde ch.), 20 janvier 2009, *Gerhard Schultz-Hoff*, *Stringer e.a.*, aff. jtes. C-350/06 et C-520/06, EU:C:2009:18, pt 25.

(27) CJCE, 18 janvier 2007, *Confédération générale du travail (CGT) et a.*, aff. C-385/05, *Rec.* p. I-37, pt 31 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

toute interprétation qui conduirait à porter atteinte aux compétences réservées des États. Par exemple, dans le contentieux relatif à l'accord-cadre sur les travailleurs en contrat à durée indéterminée, la Cour refuse d'interprétation la notion de « conditions d'emploi » comme incluant la détermination des salaires, afin de ne pas porter atteinte à la répartition des compétences et au *ratio legis* de l'article 137, paragraphe 2, du TFUE (28).

L'on comprend que le recours au « principe d'une importance particulière » n'est pas neutre. En s'y référant, la Cour s'inscrit en cohérence avec une orientation, plus générale, qui vise à assurer le primat des libertés et des conditions de l'individu, sans pour autant porter atteinte à la répartition des compétences et s'en s'affranchir des garanties contenues dans les directives. L' « objet de valeur » (selon la formule d'Antoine Vauchez (29)) que représente la matière sociale est ici façonné par une qualification qui permet de relier la finalité sociale des directives d'harmonisation avec les méthodes usuelles d'interprétation que suit la Cour.

II. – L'insistance sur la marge de manœuvre reconnue aux états

Suivant une formule établie, que l'on peut faire remonter à une affaire *Gimenez Zaera* en 1987, la Cour considère que « la mise en œuvre des objectifs sociaux du traité doit être le résultat d'une politique sociale qu'il appartient aux autorités nationales de définir » (30). Dans les premiers développements de la jurisprudence en matière sociale, ce renvoi aux choix politiques nationaux peut essentiellement s'observer dans des litiges portant sur des dispositions programmatiques du traité (tel que l'ex article 117 TCE (31), devenu, avec modifications, l'ar-

(28) En ce sens, CJUE, 10 juin 2010, *Instituto nazionale della previdenza sociale (INPS) c/ Tiziana Bruno*, aff. jtes. C-395/08 et C-396/08, EU:C:2008:677 : doivent être exclues de l'interprétation de la notion de conditions d'emploi, au sens de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel, toutes les mesures « qui institueraient une uniformisation de tout ou partie des éléments constitutifs des salaires et/ou de leur niveau dans les États membres ou encore l'instauration d'un salaire minimal, et qui comporteraient une ingérence directe du droit de l'Union dans la détermination des rémunérations au sein de cette dernière » (pt 37).

(29) A. Vauchez, « De quelques difficultés et de quelques points d'entrée en sciences sociales », *cet ouvrage*.

(30) CJCE, 29 septembre 1987, *Giménez Zaera c/ Instituto Nacional de la Seguridad Social et Tesorería General de la Seguridad Social*, aff. 126/86, *Rec.* p. 3697.

(31) Art. 117 traité CEE : « Les États membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès. Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ticle 151 du TFUE), qui énoncent les objectifs généraux de la politique sociale. Pour écarter une invocabilité autonome de ces articles, et souligner leur caractère indicatif, la Cour insiste sur le renvoi aux États pour formuler leur propre politique sociale (32). En ce sens, l'Avocat général Georges Cosmas a considéré que « prendre des mesures dans les secteurs entrant dans le champ d'application de ces articles relève en principe de la compétence des États membres, qui disposent à cet égard d'une large marge d'appréciation, sauf si la Communauté décide d'arrêter des mesures spéciales dans ce secteur, en faisant usage des pouvoirs qui lui sont conférés par d'autres dispositions du traité » (33).

Cette insistance sur la marge de manœuvre des États, initialement circonscrite à l'interprétation des dispositions programmatiques du traité, s'est progressivement étendue à des contentieux qui mettent en cause les directives d'harmonisation ou certains principes fondamentaux. Tel fut le cas lorsque la Cour a eu à connaître, à partir du milieu des années 90, de la compatibilité avec le droit communautaire de mesures nationales ciblées, censées accompagner certaines catégories de travailleurs dans le retour à l'emploi. Ces litiges ont, par exemple, porté sur la limitation des droits à des indemnités de licenciement (censée produit un effet d'incitation pour retrouver un emploi !) (34), sur la limitation du bénéfice de la retraite selon que le travailleur, à temps partiel, a plus ou moins 60 ans (pour inciter des départs précoces du marché du travail) (35), sur la mise en place de contrats spécifiques seniors (associés à des modalités de licenciement plus souples) (36) ou encore sur l'exclusion de certaines catégories de travailleurs du calcul des seuils des institutions représentatives (par exemple jeunes sous contrats aidés, afin de réduire d'éventuelles charges qui pèseraient sur l'entreprise) (37). Le point commun de ces affaires est qu'elles portent sur des mesures

prévues par le présent Traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives ».

(32) Aff. 126/86, préc., pt 14 : L'article 117 établit […] la nécessité pour les États membres de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès […]. Cette disposition revêt essentiellement un caractère programmatique […] la mise en œuvre de ces objectifs doit être néanmoins le résultat d'une politique sociale qu'il appartient aux autorités compétentes de définir », cette qualification sera ultérieurement suivie dans l'affaire *Sloman Neptun*, du 17 mars 1993, *Sloman Neptun*, aff. jtes, C-72/91 et C-73/91, *Rec.* p. 1-887, pt 25.

(33) Conclusions de l'Avocat général M. Georges Cosmas, présentées le 14 juillet 1998, aff. C-167/97, pt 69.

(34) CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith et Perez*, aff. C-167/97, *Rec.* p. I-623.

(35) CJCE, 20 mars 2003, *Kutz-Bauer*, aff. C-187/00, *Rec.* p. I-2741.

(36) C'est l'objet du litige dans la célèbre affaire *Mangold*, CJCE, (gde ch.), 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, préc.

(37) CJCE, 18 janvier 2007, *CGT et a.*, aff. C-385/05, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de flexibilité, d'adaptation du droit social interne afin de parvenir à des objectifs d'emploi. Dans ce contexte, la Cour a systématiquement souligné que « la promotion de l'emploi constitue un objectif légitime de politique sociale et que les États membres disposent d'une large marge d'appréciation lors du choix des mesures susceptibles de réaliser les objectifs de leur politique sociale ». Par cette formule, la Cour semble exclure toute appréciation de l'opportunité de telles mesures ; s'il faut proposer une qualification de son positionnement, l'on serait tenté de considérer qu'elle se distancie de toute forme d'activisme en matière sociale, le référentiel récurrent de la marge de manœuvre traduirait une non-immixtion volontaire dans le champ social et, partant, une préservation du référentiel principal du marché. En d'autres termes, l'absence d'intrusion dans les choix politiques et sociaux des États permet de ne pas déséquilibrer le cadre herméneutique principal, bâti sur les libertés de circulation et l'accès au marché.

Cette première analyse doit toutefois être nuancée. Au-delà d'éventuels et hypothétiques choix ou orientations politiques qui seraient sous-jacents à sa jurisprudence, il revient d'abord à la Cour de proposer des formulations-types, qui prennent en compte les contraintes propres au système juridique de l'Union. La nature de la compétence à l'œuvre est l'une de celles-ci. Dans un domaine comme celui de la politique sociale, seuls certains domaines ou champ d'actions peuvent être rattachables à l'exercice d'une compétence partagée (38), qui plus est avec une limitation des mesures de rapprochement à de l'harmonisation minimale. Tout un pan de la politique sociale se situe, à l'inverse, dans le périmètre des compétences de coordination et certaines questions sont tout à fait exclues du droit de l'Union (par exemple la fixation

(38) Il faut ici rappeler que l'article 153 TFUE, qui constitue la base juridique pertinent pour l'adoption de mesures d'harmonisation en matière sociale, limite la possibilité d'adopter des directives selon la procédure législative ordinaire à cinq domaines : améliorer du milieu du travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs, conditions de travail, information et consultation des travailleurs, intégration des personnes exclues du marché du travail, égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail. Par ailleurs, quatre domaines peuvent hypothétiquement donner lieu à des mesures d'harmonisation, mais avec l'exigence d'une procédure législative spéciale dans laquelle est requise l'unanimité : sécurité sociale et protection sociale des travailleurs, protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail, représentation et défense collective des intérêts des travailleurs, conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de l'Union. L'identification de ces domaines conduit à circonscrire le périmètre de la politique sociale de l'Union à des champs relativement précis ; elle contraint, par voie de conséquence, la Cour à ne pas procéder à une interprétation des mesures internes qui aurait pour effet de produire un effet de débordement de ces champs d'action sur les compétences réservées des États. La référence récurrente à la marge d'appréciation permet, par là-même, de conforter cette conception des compétences.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des salaires) (39). Cette articulation complexe du champ social avec la distribution des compétences est une contrainte dont ne peut s'affranchir la Cour. Pour l'intégrer, le renvoi à la marge de manœuvre apparaît comme ayant une fonction confortative, par rapport aux États, de la répartition et, plus généralement, comme visant à sécuriser l'élaboration des réformes nationales.

Outre la formalisation de ces contraintes, le renvoi à la marge d'appréciation permet également à la Cour d'adapter (ou, à tout le moins, d'annoncer une adaptation) de son raisonnement contentieux dans l'appréciation de l'aptitude d'une mesure nationale à atteindre un objectif. Ce cas de figure se vérifie – il est vrai encore marginalement – dans des situations où, en dépit de l'existence d'une directive, le litige doit être envisagé sous l'angle du traité (et d'une liberté de circulation), suivant une appréciation de l'entrave et de la justification. L'arrêt *Aget Iraklis* (40) est ici significatif. Voici une affaire qui porte sur la compatibilité avec le droit de l'Union d'une réglementation grecque qui subordonne le déclanchement d'une procédure pour des licenciements collectifs d'envergure à une autorisation administrative préalable. La directive pertinente, relative aux licenciements collectifs, n'est pas ici applicable car elle porte sur l'information des travailleurs, et non sur les motifs des licenciements ni véritablement sur leur déroulement. La compatibilité doit dès lors être appréciée sur le terrain de la liberté d'établissement, invoquée par cette filiale d'un groupe cimentier bien connu. La Cour va toutefois indiquer que « s'il est vrai que la directive 98/59 n'assure qu'une harmonisation partielle des règles de protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs, il n'en demeure pas moins que le caractère limité d'une telle harmonisation ne saurait avoir pour conséquence de priver d'effet utile les dispositions de cette directive », et de préciser que « eu égard à la marge d'appréciation dont disposent les États membres dans la poursuite de leur politique sociale, ceux-ci sont, en principe, fondés à estimer l'existence d'un tel mécanisme d'encadrement comme étant nécessaire afin de garantir un niveau renforcé de protection des travailleurs et de leur emploi. En particulier, il n'apparaît pas que des mesures de type moins contraignant assureraient la réalisation des objectifs ainsi poursuivis d'une manière aussi efficace que

(39) L'article 153, § 5, TFUE identifie quatre domaines pour lesquelles l'adoption de mesures d'harmonisation est totalement exclue : rémunérations, droit d'association, droit de grève, droit de lock-out.

(40) CJUE, 21 décembre 2016, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis)*, préc., aff. C-201/15.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

celle qui résulte de la mise en place d'un tel encadrement » (41). Cette formulation caractérise une volonté d'assouplir le contrôle de l'aptitude et de laisser un champ aux États pour déterminer la nature ou l'objet des mesures susceptibles de réaliser des objectifs de politique sociale (en l'occurrence, la limitation du nombre de licenciements). Mais cet assouplissement demeure essentiellement théorique, dès lors que l'appréciation de la mesure interne demeure encadrée par le principe de proportionnalité.

III. – L'adaptation affichée du principe de proportionnalité

L'essentiel des arbitrages « politiques » auxquels la Cour est susceptible d'être confrontée se trouve principalement dans des affaires relatives à la justification de mesures nationales restrictives dans le cadre des libertés de circulation. Dans le champ de la politique sociale, ainsi que nous l'avons indiqué, ce cas de figure se retrouve soit lorsqu'il n'y a pas une directive d'harmonisation qui serait applicable, soit lorsqu'une telle directive existe mais que la mesure contestée ne rentre pas dans son champ d'application. Tel est le cas de figure dans les affaires *Viking* et *Laval*, où les mesures de relocalisation (*Viking*) ou de fixation de salaires pour les travailleurs détachés (*Laval*) ne rentrent pas dans le champ de la directive 96/71 relative au détachement (42). Un schéma similaire ressort de l'affaire *Aget* (43), dans laquelle les règles administratives portant encadrement du licenciement collectif ne rentrent pas dans le périmètre de la directive 98/59 relative aux licenciements collectifs, laquelle se limite à poser un cadre de consultation, quelques délais et une obligation d'information.

Dans ces hypothèses, l'intégration des enjeux sociaux par le juge repose sur une adaptation de son raisonnement dans le processus de justification des mesures nationales qualifiées d'entraves aux échanges.

(41) *Op. cit.*, pt 93.

(42) Aff. C-341/05 et aff. C-438/05, *op. cit*. On sait que, par ces arrêts, la Cour a reconnu, pour la première fois, que le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, fait partie intégrante, en tant que droit fondamental, des principes généraux du droit de l'Union dont la Cour assure le respect, au terme d'un raisonnement qui cherche à faire coexister la finalité économique et sociale de l'Union. Cette reconnaissance était, au plan des principes, d'autant plus remarquable que la Cour s'était appuyée sur des sources externes à l'ordre juridique de l'Union, en l'occurrence les conventions de l'OIT et la Charte sociale européenne. Néanmoins, ces droits fondamentaux sont envisagés comme motifs de justification à une restriction et mis en balance avec la libre prestation de service. Voy. les commentaires critiques de E. Pataut et S. Robin-Olivier, « Europe sociale ou Europe économique », *RDT*, 2008, n° 2, p. 80.

(43) Aff. C-201/15, *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La mise en avant d'une double finalité qui serait attachée à l'Union permet à la Cour de justifier une approche plus contextuelle de la justification, à la suivre, « L'Union ayant (…) non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale, parmi lesquels figurent, ainsi qu'il ressort de l'article 151, premier alinéa, TFUE, la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions ». Pareille formulation, qui se retrouve dans les affaires précitées (44), insiste sur la pluralité des équilibres qui doivent être pris en compte par la Cour. Elle est certainement, comme le montre Edouard Dubout, une illustration du caractère « constitutionnellement profondément problématique » du pouvoir ainsi exercé par la Cour (45). Telle qu'elle est énoncée, elle laisse à croire que les objectifs économiques et sociaux doivent être placés sur un pied d'égalité et qu'une authentique pondération des intérêts qui leurs sont sous-jacents doit être engagée. Elle peut également être conçue comme une formalisation de l'objectif général « d'économie sociale de marché », selon lequel le modèle projeté de l'Union consisterait à garantir l'accès au marché et à favoriser des dispositifs de solidarité et de proximité, nécessaires à la cohésion sociale.

En pratique, cette considération générale a une portée plus limitée. Elle sert essentiellement à justifier des infléchissements, à la marge, dans la mise en œuvre du principe de proportionnalité, afin de mieux valoriser la prise en compte d'enjeux sociaux et d'impératifs de solidarité. Il faut plus la concevoir comme une adaptation contextuelle de la proportionnalité et non d'une remise en cause ou d'une mise à l'écart de celle-ci. La Cour demeure en effet liée par les étapes usuelles de la justification : appréciation de l'aptitude de la mesure (est-elle apte à, de nature à atteindre l'objectif recherché ?), appréciation de sa nécessité (des mesures moins contraignantes sur les libertés seraient-elles

(44) Outre les affaires *Viking*, *Laval* et *Aget*, la Cour a fait ponctuellement référence à cette formule, dans un contentieux d'aide d'Etat, dans lequel était en cause une convention collective était l'origine d'un avantage fiscal au profit de marins employés sur des navires danois, voy. CJCE, 9 juillet 2009, *Société 3 F c/ Commission*, aff. C-319/07 P, *Rec.* p. 5963, pt 58.

(45) Voy. la contribution d'E. Dubout, « La protection des droits fondamentaux : l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux », *cet ouvrage*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

possibles ?), ponctuellement, pondération des intérêts divergents en présence (étape souvent qualifiée de proportionnalité au sens strict). Ce cadre général d'appréciation ne peut guère être totalement écarté, tant il est certain qu'il façonne le régime des libertés de circulation. Aussi, c'est en jouant à la marge sur ces différents critères que la Cour peut faire ressortir des intérêts spécifiques ou des besoins propres en matière sociale. Cette opération d'adaptation, qui emprunte essentiellement deux voies, rencontre d'importantes limites.

En premier lieu, elle se caractérise par une plus grande ouverture, à la lecture de la motivation des arrêts, à des motifs de justification tirés des objectifs généraux de la politique sociale ou à des impératifs de protection. C'est essentiellement les affaires liées au détachement qui sont ici le plus illustratives, avec la reconnaissance du motif général de protection des travailleurs (46), la nécessité de veiller à l'effectivité de la réglementation sociale et salariale de l'État d'accueil (47), la mise en avant de droits sociaux fondamentaux tels que le droit de grève (48), plus généralement, le bien-fondé de mesures de contrôle nécessaires pour vérifier le respect d'exigences elles-mêmes justifiées par des raisons d'intérêt général (49). En dehors du détachement, cette ouverture s'est également vérifiée par l'admission d'objectifs nationaux de politique sociale comme motifs de justification, tels que l'exigence de diminution du chômage des jeunes (50) ou la promotion de l'embauche (51). Cette prise en compte réaliste des motifs avancés par les États est à relier avec la mise en avant, préalablement étudiée, de leur marge de manœuvre dans le champ social.

En second lieu, l'adaptation du raisonnement contentieux repose sur une appréciation plus fréquente de la pondération des intérêts divergents en présence, ou proportionnalité au sens strict. Cette étape est très souvent éclipsée ; pour l'essentiel, on la retrouve dans des affaires où la Cour doit concilier des droits ou des libertés potentiellement antagonistes et de même valeur juridique, telle que l'articulation entre la liberté d'expression et la libre circulation des marchandises au centre

(46) CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade e.a.*, aff. jtes. C-369/96 et C-376/96, *Rec.* p. I-8453, pt 36 ; également, CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte e.a.*, aff. jtes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, *Rec.* p. I-7831, pt 20.

(47) CJCE, 21 octobre 2004, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-445/03, *Rec.* p. I-10191, pt 29.

(48) CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, aff. C-438/05, *op. cit.*, pt 77.

(49) CJUE, 7 octobre 2010, *dos Santos Palhota*, aff. C-515/08, EU:C:2010:589, pt 58.

(50) CJCE, 18 janvier 2007, *Confédération générale du travail e.a.*, aff. C-385/05, *op. cit.*, pt 40.

(51) CJUE, 13 décembre 2012, *Caves Krier Frères Sarl*, aff. C-379/11, EU:C:2012:798, pt 51.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'arrêt *Schmidberger* (52). En matière sociale, le passage par cette étape du raisonnement est très rare. Dans la période récente, seul l'arrêt *Aget*, précédemment évoqué, offre un cas probant de cette approche, en énonçant qu'un régime d'encadrement des licenciements collectifs doit tendre « à une conciliation et à un juste équilibre entre les intérêts liés à la protection des travailleurs et de l'emploi, notamment contre des licenciements injustifiés et contre les conséquences des licenciements collectifs pour les travailleurs, et, ceux ayant trait à la liberté d'établissement et à la liberté d'entreprendre des opérateurs économiques que consacrent les articles 49 TFUE et 16 de la Charte » (53). Compte tenu de l'ampleur des répercussions sur l'emploi dans le domaine d'activité considéré (la construction et le BPT), et au regard de la marge de manœuvre des États, ce contrôle de l'encadrement peut, dans son principe, satisfaire aux exigences du principe de proportionnalité.

Néanmoins, en troisième lieu, cette approche plus contextuelle du principe de proportionnalité demeure largement décevante et en retrait d'une protection effective et concrète de certains droits sociaux. Deux considérations peuvent être ici avancées.

D'une part, en dépit de cette posture conciliatrice entre droits économiques et droits sociaux, la quasi-totalité des mesures nationales soumises à l'appréciation de la Cour ne passent pas le filtre de la proportionnalité. Car, à supposer qu'elles soient considérées comme nécessaires, aptes et pondérées, il demeure le stade de l'appréciation des modalités concrètes de la mesure sous le prisme des garanties procédurales dues aux opérateurs. La reconnaissance de telles garanties est un fil conducteur de la jurisprudence dans un vaste champ contentieux, elle reflète une construction du marché centré sur les droits d'accès et la transparence dont doivent bénéficier les agents pour s'engager, par leur mobilité, à la construction d'un marché intérieur (54). Ainsi, lorsqu'une activité économique est subordonnée ou encadrée par une autorisation administrative, ces exigences préalables doivent reposer sur des critères prévisibles, connus à l'avance, non discriminatoires, découlant d'une procédure impartiale et ouverte à la contestation juridictionnelle. Cette approche se retrouve à nouveau dans l'affaire *Aget* où la Cour, bien qu'admettant la compatibilité de principe d'un mécanisme d'autori-

(52) CJCE, 12 juin 2013, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte*, aff. C-112/00, *Rec.* p. I-5659.

(53) C-201/15, pts 92 et 94.

(54) On renverra à la thèse de référence sur les garanties procédurales, L. Azoulai, *Les garanties procédurales en droit communautaire : recherche sur la procédure et le bon gouvernement*, IUE Florence, 2000.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sation *ex ante* des licenciements collectifs, confronte celui-ci à la nécessité de garantir, pour les opérateurs, des critères clairs, prévisibles, accessibles (55). Cette insistance, au demeurant très générale, sur les garanties dues aux opérateurs favorise incidemment un référentiel de marché, dans lequel prévaut la protection de l'opérateur économique situé dans l'exercice d'une activité, et non l'intérêt général ou l'intérêt collectif qui s'attache à une norme à caractère social. En d'autres termes, le raisonnement sur le terrain des garanties conduit la Cour à faire prévaloir l'intérêt individuel de l'opérateur marchand, au détriment de la nécessité de conserver une norme interne et/ou des droits du travailleur. Il s'agit là d'un cadre d'interprétation qui contribue à garantir « le paradigme » de marché dans la jurisprudence (56).

D'autre part, l'appréhension de ces droits sociaux par l'intermédiaire d'une mise en balance avec les libertés économiques ne leur est guère favorable dans la quasi-totalité des cas. Leur différence d'objet peut constituer une clé d'explication : tandis que les mesures sociales qui sont contestées dans les litiges (qu'elles prennent la forme de droits, qualifiés comme tels dans l'ordre interne, ou de procédure administrative censée protéger les travailleurs, comme dans l'affaire *Aget* ou dans des contentieux liés au détachement) sont attachées de manière statique à un ou à des travailleurs, les libertés économiques reposent sur une logique de flux, sous tendue par la liberté d'accéder ou de se retirer du marché. La pondération met en présence des objets plutôt dissemblables : des libertés-flux sont confrontés à des droits ou à des prérogatives dont la mise en œuvre est fixe et localisée. Dans cette configuration, une atteinte au flux sera plus aisément établie qu'une préservation des droits. Une appréciation plus fine de la proportionnalité supposerait alors une évolution plus substantielle dans le raisonnement. C'est une voie qui a été – jusqu'à présent sans succès – envisagée par certains avocats généraux. Ainsi, dans l'affaire *Dos Santos Palhota*, relative à la compatibilité avec le droit de l'Union d'une mesure nationale imposant

(55) C-201/15, *op. cit.*, pt 100 : « en l'absence de précisions sur les circonstances concrètes dans lesquelles le pouvoir en question peut être exercé, les employeurs concernés ne savent pas dans quelles circonstances spécifiques et objectives ce pouvoir peut trouver à s'appliquer, les situations permettant d'exercer ce dernier étant potentiellement nombreuses, indéterminées et indéterminables et laissant à l'autorité concernée une large marge d'appréciation difficilement contrôlable. De tels critères qui ne sont pas précis et ne reposent ainsi pas sur des conditions objectives et contrôlables vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les buts indiqués et ne sauraient dès lors satisfaire aux exigences du principe de proportionnalité ».

(56) Sur ce paradigme, voy. plus généralement, Ph. Maddalon, « Le recours aux faits économiques en droit européen de la concurrence », Paris, Pédone, coll. Cahiers européens, n° 3, 2012, pp. 7-18.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

le dépôt par l'employeur, auprès de l'État de détachement, d'une déclaration de détachement ainsi que des décomptes sociaux, l'avocat général Cruz Vilalón a envisagé une évolution du principe de proportionnalité en intégrant l'existence d'un mandat social qui résulterait de la clause sociale transversale figurant à l'article 9 TFUE (57). Plus récemment, dans l'affaire *FNV* (58), relative à l'applicabilité de l'article 101 TFUE à une convention collective, l'Avocat général Nils Wahl a estimé, en s'appuyant sur la jurisprudence *Laval*, que la prévention du dumping social est un objectif que peut légitimement poursuivre une convention collective, notamment pour imposer une rémunération minimale, sans qu'une appréciation complète de la proportionnalité ne soit requise (59). Bien qu'elles demeurent ponctuelles, ces prises de position préfigurent peut-être des évolutions plus profondes de la conception de la proportionnalité et des modalités de sa mise en œuvre. Celles-ci pourraient, le cas échéant, reposer sur d'autres paramètres que la mise en balance, par exemple un contrôle de la dénaturation d'une liberté dans l'opération de conciliation ou un examen de l'absence d'erreur manifeste dans le régime d'une liberté. Sur ces questions sociales qui reposent sur des arbitrages, l'enjeu, pour le juge, est de proposer une interprétation des libertés de circulations qui permette de mieux révéler des choix, de moins les occulter derrière une appréciation purement formelle (60).

(57) CJUE, 7 octobre 2010, *dos Santos Palhota e.a.*, aff. C-515/08, EU:C:2010:589 et les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 5 mai 2010, spec. pt 53 : « L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne exige que, si les conditions de travail constituent une raison impérieuse d'intérêt général justifiant une dérogation à la libre prestation de services, elles doivent cesser d'être interprétées de manière restrictive. Dans la mesure où la protection du travailleur intervient comme facteur méritant la protection des traités eux-mêmes, on ne se trouve pas devant une simple dérogation à une liberté, ni encore moins devant une exception non écrite découlant de la jurisprudence. Le nouveau cadre de droit primaire, dans la mesure où il impose nécessairement un degré élevé de protection sociale, permet aux États membres, en vue de garantir un certain niveau de protection sociale, de limiter une liberté, et de le faire sans que le droit de l'Union le considère comme quelque chose d'extraordinaire, et donc méritant une analyse restrictive. Cette thèse, qui trouve son fondement dans les nouvelles dispositions des traités qui viennent d'être cités, se concrétise en pratique par l'application du principe de proportionnalité ».

(58) CJUE, 4 décembre 2014, *FNV*, aff. C-413/13, EU:C:2014:2411 ; note S. Hennion, *JCP G* n° 12, 2015, 341.

(59) Conclusions de l'Avocat général Nils Wahl, présentées le 11 septembre 2014, pt 33.

(60) Sur ces pistes d'évolution, voy. la thèse de A. Martal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union*, Institut Universitaire Varenne, coll. Thèses, 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

IV. – L'INÉGALE JUSTICIABILITÉ DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX

Les choix ou les arbitrages politiques de la Cour sont enfin liés au traitement qu'elle réserve aux droits sociaux fondamentaux. Ceux-ci sont par nature sensibles dans le cadre de l'Union. Il suffit de rappeler que leur reconnaissance fut au cœur d'oppositions lors de la rédaction de la Charte, pour certains ces droits devaient être associés à des droits subjectifs, faisant naître des prérogatives susceptibles d'être invoquées devant un juge, pour d'autres, ils ne devaient être associés qu'à des objectifs. L'opposition n'a été levée qu'aux prix d'une distinction, qui inspire la Charte sans pour autant la structurer formellement, entre des droits et des principes (61). À travers cette distinction, se profile une différence liée au degré de justiciabilité entre les droits. À l'instar de certains textes constitutionnels nationaux, la catégorie des principes recouvre une catégorie complémentaire à celles des droits, elle bénéficie d'une justiciabilité moindre, sa justification principale étant d'orienter et de guider l'action du législateur. La délimitation de la portée des principes est d'autant plus délicate que la Charte est réputée ne pas étendre le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences établies par les traités (62). Plus généralement, les dispositions de la Charte demeurent imprécises quant aux effets de ces principes. D'une part, ils peuvent être en œuvre « par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives », d'autre part, « leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité des actes » (63). Plus précises, les explications annexées à la Charte, que la Cour utilise comme un paramètre d'interprétation pour éclairer la portée de ses dispositions, soulignent que les principes ne donnent pas lieu à une action positive de la part des institutions ou des États (raison pour laquelle ils ne sont pas des droits), mais qu'ils doivent être observés en présence d'actes législatifs, européens et nationaux, qui les mettent en œuvre, dans le cadre des compétences de l'Union.

Il résulte de cette distinction entre droits et principes que les seconds, à la différence des premiers, ne sont pas invocables à titre autonomes, mais qu'ils nécessitent un relais normatif qui les concrétise, soit

(61) Voy. également la contribution de L. PAILLER, « L'invocabilité de la Charte », *cet ouvrage*.
(62) Art. 51, § 2, de la Charte.
(63) Art. 52, § 5, de la Charte.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

par l'intermédiaire d'une directive, soit par une norme de droit interne. Cette contrainte d'invocabilité est liée à la répartition des compétences entre l'Union et l'État, elle permet de limiter la justiciabilité de la Charte dans des domaines qui sont essentiellement de la compétence nationale (par ex la protection sociale, la représentation collective). L'arrêt *Association de Médiation Sociale* a clairement marqué cette différence dans l'admission de la justiciabilité (64). L'espèce soulevait une question déjà posée à la Cour, portant sur la compatibilité avec le droit de l'Union et la directive information-consultation des travailleurs (2002/14/CE), de pouvoir exclure certaines catégories de travailleurs du décompte du seuil des effectifs nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel (IRP). Saisie de la portée de l'article 27 de la Charte, relatif au droit à l'information et à la consultation des travailleurs, elle considère que « la combinaison de l'article 27 de la Charte avec les dispositions de la directive 2002/14, étant donné que, dans la mesure où cet article ne se suffit pas à lui-même, pour conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel, il ne saurait en être autrement dans le cas d'une telle combinaison » (65). Cette lecture minimale des potentialités des principes sociaux de la Charte a été récemment confirmée (66).

Il demeure difficile de tirer des quelques arrêts relatifs aux principes reconnus par la Charte l'existence d'un éventuel choix politique qui serait suivi par la Cour. Ou, il s'agit plutôt d'un non choix. Au lieu de s'engager dans une interprétation sur le contenu de ces droits (que faut-il entendre par « information », « consultation », ou, pour l'article 28 de la Charte, par « négociation collective » ?), ou d'afficher un renvoi à l'interprétation de la Charte sociale européenne, la Cour justifie sa non immixtion dans ces affaires par le régime contentieux des actes en cause et, en l'occurrence, par l'absence d'effet direct horizontal des directives. La préservation de ce régime prévaut sur l'affichage de choix et la mise en avant d'arbitrages. C'est là une posture très formelle, qui paraît privilégier la cohérence du système contentieux plutôt que la recherche de l'effectivité de droits récemment introduits dans le droit de l'Union.

Surtout, cette approche contraste avec l'interprétation beaucoup plus audacieuse que suit la Cour en matière de non-discrimination,

(64) CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, EU:C:2014:2, notes S. de La Rosa, « Les principes sociaux de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont-ils décoratifs ? », *D.*, 2014, p. 705 ; E. Dubout, « L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le "bateau ivre" a-t-il sombré ? », *RTD eur.*, 2010, p. 277.

(65) *Ibid.*, pt 47.

(66) CJUE, 19 avril 2016, *Dansk Industri* (DI), aff. C-441/14, EU:C:2016:278.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

en lien avec la directive 2000/78 (portant un cadre général d'égalité en matière d'emploi). Ainsi, dans l'affaire *Kücükdeveci* (67), la Cour a considéré que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, fait obstacle à une réglementation nationale, qui prévoit que les périodes de travail accomplies par le salarié avant 25 ans ne soient pas prises en compte pour le calcul du délai de préavis de licenciement. Il reste toutefois que la dynamique jurisprudentielle qui s'observe, de longue date, en matière de discrimination ne singularise pas suffisamment d'éventuels arbitrages ou choix en matière de politique sociale. Il s'agit, en effet, d'un bloc jurisprudentiel construit selon une rationalité propre, qui privilégie la garantie d'une égalité formelle et effective (mais non forcément réelle) dans des situations similaires et qui repose sur des possibilités de justification liées à des exigences professionnelles essentielles et déterminantes, dès lors que l'objet est légitime et que l'exigence est proportionnée. Ainsi que la Cour l'énonce régulièrement, les justifications sont ici fondées non pas tant sur un motif (aptitude physique, ordre public, protection des personnes), mais plutôt sur les caractéristiques liées à ces motifs (68). Centré sur l'appréciation des activités et de leurs exigences matérielles, ce raisonnement ne favorise guère la formalisation de choix ou d'arbitrages politiques en matière sociale. En revanche, en dehors de cette matière, il exprime une préférence assez nette pour la préservation de l'égalité d'individus en situation similaire et la reconnaissance de garanties procédurales pour l'exercice de leurs droits. Sous cet angle, la Cour peut préserver les individus des conséquences excessives de mesures sociales, justifiées, au niveau interne, par une recherche de flexibilisation du marché du travail (69).

(67) CJUE, 19 janvier 2010, *Seda Kücükdeveci*, aff. C-555/07, *Rec.* p. I-365.

(68) Voy. récement, CJUE, 13 novembre 2014, *Vital Pérez*, aff. C-416/13, EU:C:2014:2371, pt 36 ; CJUE, 15 novembre 2016, *Salaberria Sorondo*, aff. C-258/15, EU:C:2016:873, pt 33.

(69) Par exemple, l'affaire *Dansk Industri* (C-441/14, *op. cit.*), où la Cour souligne que le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge fait obstacle, dans un litige entre particuliers, à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prive un employé du droit de bénéficier d'une indemnité de licenciement dès lors que ce dernier peut prétendre à une pension de vieillesse due par l'employeur au titre d'un régime de pension auquel cet employé a adhéré avant l'âge de 50 ans, indépendamment du fait qu'il choisisse de rester sur le marché du travail ou de prendre sa retraite.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Conclusion

Au terme de cet aperçu transversal de la jurisprudence, il demeure difficile de conclure à l'existence de choix, politiques et/ou sociaux, qui seraient sous-jacents dans la jurisprudence de la Cour relative à la politique sociale. Pour l'essentiel, celle-ci apparaît comme un acteur contraint par la diversité des normes en cause, par l'incomplétude de l'harmonisation contenue dans certaines directives, par l'état de la répartition des compétences et par l'objet des recours dont l'immense majorité, à l'exception de quelques affaires notables, soulèvent essentiellement des questions concrètes. Mais ces contraintes sont renforcées (ou du moins non levées) par une forme d'autolimitation qui résulte de sa jurisprudence. L'on peut y voir un choix implicite, une décision tacite de ne pas s'immiscer outre mesure dans cette branche. À la différence de certains organes, tel que par exemple le Comité européen des droits sociaux, la Cour n'a pas fondamentalement vocation à être un juge de la matière sociale. Hormis les affaires, quantitativement importantes, qui ont traits à la mise en œuvre des directives d'harmonisation, elle n'a pas construit un système de formules, un cadre de représentation qui serait spécifique à ce champ. La prise en compte de la spécificité de la matière passe par des voies relativement classiques, oscillant entre la mise en avant de la marge de manœuvre des États et une application pragmatique du principe de proportionnalité. Du point de juge, ces techniques sont habiles car elles évitent, d'afficher des choix. Mais elles ne sont pas, pour autant, pleinement convaincantes car elles offrent à des litiges particuliers des solutions qui sont en-deçà des objectifs et des principes sociaux affichés par l'Union, dans les traités ou dans des initiatives récentes (70).

(70) Telle que la proposition récente d'un socle européen des droits sociaux, COM(2017) 250 final du 26 avril 2017.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 12 - La politique sociale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 13.

LA MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE

Émilie Chevalier

Maître de conférences en droit public – Université de Limoges

Si le corpus législatif de l'Union en matière environnementale est souvent présenté comme un ensemble de normes essentiellement techniques, faites de seuil, d'identification de substances, de définitions géophysiques, il a une dimension éminemment politique. La matière environnementale est un champ privilégié de mise en balance des intérêts en présence, comme de conciliation de principes contradictoires, ce qui nécessite autant d'arbitrages et de choix politiques. En effet, bien que l'objectif de protection de l'environnement soit autonome (1), la matière reste traversée par des principes fondateurs de l'Union européenne, tels que ceux du marché intérieur et de la promotion de l'intégration économique. Le contentieux environnemental pourrait donc être un espace privilégié pour l'activité politique de la Cour de justice, entendue comme la faculté de contribuer à la définition de la politique environnementale de l'Union. Or, la situation s'avère plus nuancée, et l'interventionnisme de la Cour gradué.

Cette particularité tient tout d'abord à la densité du corpus législatif de l'Union, qui laisserait *a priori* peu de place à une contribution décisive de la Cour de justice pour forger les standards de protection environnementale. De plus, la législation environnementale est caractérisée par sa forte dimension technique, reléguant le pouvoir juridictionnel en marge de celui des experts, par exemple lorsqu'il s'agit d'apprécier les conditions de mise en œuvre de l'évaluation environnementale ou la portée des avis des agences dans le processus décisionnel. Enfin, ce qui semble rendre délicat l'interventionnisme de la Cour de justice, comme son aptitude à jouer un rôle politique via sa jurisprudence, c'est que le juge de l'Union bénéficie de peu d'entrées en termes de droits individuels dans le champ environnemental. Dans d'autres

(1) Art. 2 TUE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

domaines, l'existence de droits a pu constituer un vecteur d'interventionnisme plus grand pour la Cour de justice pour justifier des mises en balance audacieuses. Or, l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux ne consacre « que » la « promotion d'un niveau élevé de protection de l'environnement ». Il ne s'agit pas d'un véritable droit de l'homme à l'environnement, droit, qui plus est, a du mal à gagner en consistance juridique dans les ordres juridiques qui pourtant le reconnaissent, tant la protection de l'environnement apparaît comme procédant d'abord d'enjeux collectifs (2).

Toutefois, toute dimension politique dans l'action de la Cour de justice n'est pas à écarter. Le juge de l'Union a développé une approche relativement ambitieuse en termes de niveau de protection de l'environnement, contribuant à un alourdissement des obligations environnementales. De plus, bien qu'acteur d'un processus d'intégration économique, la Cour n'a pas retenu une approche libérale de la politique environnementale, même si sa façon de concevoir certaines interprétations reflète une prise en compte des enjeux du marché intérieur. D'une manière générale, le juge a favorisé l'européanisation de la politique environnementale, en faisant un large usage de son pouvoir d'interprétation. Les arrêts rendus sur renvoi préjudiciel portant sur l'interprétation de la Directive-cadre 2000/60 sur l'eau (3) démontrent comment la Cour de justice a largement contribué à la détermination de son contenu, en interprétant des notions techniques, mais décisives pour la portée effective de la protection de l'environnement, et, ce faisant, a alourdi les obligations pesant sur les États membres. La Cour de justice réduit donc la marge d'appréciation des autorités nationales dans la mise en œuvre de ce texte (4).

Deux cas au moins peuvent constituer un objet d'étude du rôle politique de la Cour de justice en matière environnementale. Tout d'abord, l'analyse de l'approche de la Cour développée à l'égard du principe de précaution apparaît pertinente pour apprécier dans quelle mesure elle peut être regardée comme un acteur de la construction de la politique de gestion du risque au niveau de l'Union européenne.

(2) M. Prieur, « La Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? », *Pouvoirs*, vol. 127, n° 4, 2008, pp. 49-65.

(3) Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (*JOCE* n° L 327/1, 22 décembre 2000).

(4) N. Hervé-Fournereau, « La Cour de justice de l'Union européenne et la qualité de l'eau : reflets jurisprudentiels des paradoxes de la politique de l'eau de l'Union », *Les Cahiers de droit*, Volume 51, n° 3-4, septembre, décembre, 2010, pp. 947-980.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le second cas porte sur la mise en œuvre de la Convention d'Aarhus dans l'ordre juridique de l'Union. La Convention d'Aarhus relative au droit d'accès à l'information, à la participation et à l'accès à la justice en matière environnementale est une étape déterminante dans la promotion des exigences liées à la démocratie environnementale au niveau international. Relevant de ses compétences, l'Union a ratifié, à l'instar des États membres, la Convention, sur le fondement d'un accord mixte (5). Les institutions de l'Union et les États membres sont donc liés par les exigences conventionnelles. La Convention d'Aarhus a été transposée partiellement en droit de l'Union, spécialement pour ce qui concerne ses premier et deuxième piliers (accès à l'information et à la participation), à la fois à l'égard des institutions (6) et des États membres (7). La transposition du troisième pilier, l'accès à la justice, s'en distingue car aucun acte de droit dérivé n'a été adopté. Un processus législatif a été initié mais est aujourd'hui au point mort, faute d'accord entre les États membres sur l'harmonisation des conditions procédurales d'accès à la justice en matière environnementale (8). Par conséquent, la Cour de justice se trouve dans une situation de contrainte très limitée, voire inexistante du point de vue du droit dérivé, la seule contrainte étant le contenu même de la Convention, et spécialement l'article 9, (3), qui relève désormais de la hiérarchie des normes de l'Union.

L'analyse de ces deux cas révèle une tendance convergente, qui est l'ambivalence de la Cour de justice. Certes, le juge de l'Union s'attache à promouvoir une large européanisation des standards de protection environnementale, qui ont vocation à s'imposer aux États membres. Néanmoins, dès lors que les actes des institutions de l'Union sont en cause, la Cour apparaît plus en retrait, questionnant alors ses véritables ambitions en termes de protection de l'environnement. L'étude de ces

(5) Décision 2005/370/CE du Conseil, du 17 février 2005, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (*JOUE* n° L 214, 17 mai 2005, p. 1).

(6) Règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (*JOUE* n° L 264, 25 septembre 2006, p. 13).

(7) Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil (*JOCE* n° L 41, 14 février 2003, p. 26) ; directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement (*JOUE* n° L 156, 25 juin 2003, p. 17).

(8) Procédure 2003/0246/COD, COM (2003) 624 : proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès à la justice en matière d'environnement.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

questions tend à montrer que la Cour de justice joue un rôle politique dans le champ de la politique environnementale car elle s'immisce dans la régulation de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Elle cherche alors à promouvoir une large européanisation du traitement des enjeux environnementaux, tendance qui se manifeste dans la construction du principe de précaution (I) et dans la détermination des conditions de l'accès au juge en matière environnementale au sein de l'Union (II).

I. – La manifestation du rôle politique de la Cour de justice dans la construction du principe de précaution

Le positionnement de la Cour de justice à l'égard du principe de précaution était attendu. Il n'était pas défini en soi. Le principe a fait son entrée dans le droit primaire suite au Traité de Maastricht (9). Le principe de précaution a une dimension politique car il est directement lié au niveau de risque acceptable dans une société donnée. Le juge de l'Union a souvent été présenté comme ayant joué un rôle moteur décisif pour la promotion de ce principe au sein de l'ordre juridique de l'Union. Son approche se révèle plus complexe. Le juge semble entretenir une position ambivalente, dans la mesure où l'intensité de son interventionnisme tend à varier selon qu'est en cause l'action des institutions de l'Union (A) ou celles des autorités nationales (B).

A. – Une mise en retrait dans la détermination des standards de précaution au niveau de l'Union européenne

Le juge de l'Union a joué un rôle déterminant dans la définition de la portée du principe de précaution dans l'ordre juridique de l'Union, tout en préservant la marge d'appréciation des institutions compétentes de l'Union dans sa mise en œuvre, manifestant sa mise en retrait par rapport à l'appréciation qui relève du champ politique.

En reconnaissant la qualité de principe général du droit au principe de précaution, le juge de l'Union lui a conféré une véritable portée, assurant en même temps son invocabilité dans le champ contentieux. Dans l'arrêt *Artedogan* du 26 novembre 2002 (10), le Tribunal de

(9) Art. 191 TFUE.

(10) TPICE, 26 novembre 2002, *Artegodan c/ Commission*, aff. T-74/00, *Rec*. p. II-4945, pt 183.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

première instance a confirmé l'opposabilité du principe de précaution à la Commission dans le cadre de l'exécution de la Directive 65/65/CEE concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives, relatives aux spécialités pharmaceutiques et qui a notamment mis en place un mécanisme centralisé d'autorisation de mise sur le marché des médicaments au niveau de l'Union européenne. La Commission européenne est compétente dans ce contexte pour retirer une autorisation de mise sur le marché précédemment attribuée. Dans cet arrêt, étaient contestées de telles mesures, fondées, du point de vue de la Commission, sur le principe de précaution. Le juge de l'Union confirme l'obligation de prendre en compte le principe dans ce cadre, en relevant que « dans la mesure où les institutions communautaires sont responsables, dans l'ensemble de leurs domaines d'action, de la protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement, le principe de précaution peut être considéré comme un principe autonome découlant des dispositions du traité » (11). Par conséquent, il « a vocation à s'appliquer, en vue d'assurer un niveau de protection élevé de la santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement, dans l'ensemble des domaines d'action de la Communauté » (12). Le Tribunal retient la portée transversale du principe dans la mesure où il ne limite pas sa portée à l'environnement, mais l'étend aussi au champ de la santé publique et de la sécurité, dépassant son fondement textuel expresse. Le principe s'est d'ailleurs d'abord et plus largement développé dans le domaine de la santé humaine, apparaissant comme une voie de renforcement de la garantie de sa protection (13). Cette portée générale a été rapidement confirmée par la Commission européenne elle-même rappelant, à l'occasion d'une communication, qu'il était « un principe d'application générale qui doit être notamment pris en compte dans les domaines de la protection de l'environnement et de la santé humaine, animale ou végétale » (14). Le juge de l'Union a aussi précisé le sens à donner au principe de précaution, considérant qu'il « constitue un principe général du droit communautaire imposant aux autorités concernées

(11) *Idem*, pt 184 ; pour une confirmation dans le même type d'affaire, TPI, 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals c/ Conseil*, aff. T-392/02, *Rec.* p. II-4555, pt 121.

(12) TPICE, 26 novembre 2002, *Artegodan c/ Commission*, préc, pt 183.

(13) CJCE, 5 mai 1998, *National Farmers' Union*, aff. C-157/96, *Rec.* p. I-2211, pt 63 ; CJCE, 5 mai 1998, *Royaume Uni c/ Commission*, aff. C-180/96, *Rec.* p. I-2265. Voy. L. Gonzalez Vaque, L. Ehring, C. Jacquet, « Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé », *RMUE*, 1999, n° 1, p. 79 ; C. London, « Droit communautaire de l'environnement. Interactions environnement et santé : état des lieux », *RTDE*, 2001 p. 139.

(14) Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, 2 février 2000, COM(2000) 1 final, p. 9.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de prendre, dans le cadre précis de l'exercice des compétences qui leur sont attribuées par la réglementation pertinente des mesures appropriées afin de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques » (15). Il a donc pour objet de contraindre les autorités compétentes à non seulement intervenir quand le risque est certain, mais aussi lorsque la teneur de ce risque est incertaine. La Cour de justice conforte l'idée que le principe de précaution est un principe d'action, l'absence de certitude scientifique ne devant pas paralyser l'action politique, bien au contraire (16).

Toutefois, le juge de l'Union semble rester en retrait par rapport aux options prises par le législateur de l'Union. En effet, la Cour de justice limite son contrôle à celui de l'erreur manifeste d'appréciation et du principe de proportionnalité. L'arrêt de la Cour du 8 juillet 2010, *Afton Chemical Limited* (17), rendu dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en validité, est exemplaire de la démarche juridictionnelle devenue désormais classique en la matière. En raison de la complexité et de la technicité des appréciations à mener, le juge reconnaît au législateur un large pouvoir d'appréciation « notamment quant à l'appréciation des éléments factuels d'ordre scientifique et technique hautement complexes pour déterminer la nature et l'étendue des mesures qu'il adopte ». C'est pourquoi le contrôle juridictionnel « doit se limiter à examiner si l'exercice d'un tel pouvoir n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si le législateur n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation. Dans un tel contexte, le juge communautaire ne peut en effet substituer son appréciation des éléments factuels d'ordre scientifique et technique à celle du législateur à qui le traité a conféré cette tâche. » (18). Par conséquent, les institutions de l'Union bénéficient d'une grande latitude d'action quant au choix des mesures à adopter dans le cas d'un risque incertain pour l'environnement ou la santé humaine. Pouvoir discrétionnaire ne signifie pas pour autant liberté totale. Afin d'encadrer la marge d'appréciation des institutions européennes, le juge de l'Union a renforcé l'encadrement procédural, les autorités compétentes devant organiser une

(15) TPICE, 26 novembre 2002, *Artegodan*, préc., pt 14 ; TPICE, 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals*, préc. pt 121 ; TPICE, 28 janvier 2003, *Laboratoires Servier*, aff. T-147/00, *Rec.* p. II-85, pt 52.

(16) O. Godard, « Le principe de précaution, un principe politique d'action », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2000, numéro hors-série, pp. 127-144.

(17) CJUE, 8 juillet 2010, *Afton Chemical Limited*, aff. C-343/09, *Rec.* p. I-7027.

(18) *Ibid.*, pt 28.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

phase d'identification des risques suivie d'une phase d'évaluation des risques, fondées sur des études scientifiques fiables (19). Dans le cas où le législateur ne peut déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué en raison de la nature insuffisante, non concluante ou imprécise des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste, dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives, à condition qu'elles soient non discriminatoires et objectives. Le juge légitime ainsi la possibilité de prendre des mesures restrictives, allant jusqu'à l'interdiction de mise sur le marché par exemple, sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées. La Cour reconnaît donc aux autorités européennes un « large pouvoir d'appréciation » non seulement en ce qui concerne « la détermination du niveau de risque jugé inacceptable pour la société » (20), mais aussi dans la phase de la gestion des risques (21).

Cependant, ce contrôle juridictionnel limité à l'erreur manifeste d'appréciation n'apparaît pas pleinement en adéquation avec les enjeux de la construction d'une politique de précaution, l'invocation du principe de précaution n'ayant jamais conduit à l'annulation d'un acte de l'Union (22). Certains exemples précis illustrent les limites de ce contrôle, notamment lorsque des actes d'exécution sont soumis au juge. En matière environnementale et dans le domaine de la protection de la santé humaine, la Commission peut détenir la compétence d'exécution spécialement en ce qui concerne l'adoption d'autorisations de mise sur le marché de produits ou de substances. Le juge de l'Union s'estime alors tenu par le droit dérivé, souvent précis, qui développe une approche de précaution (23). Toutefois, la procédure telle qu'elle est énoncée

(19) CJUE, 28 janvier 2010, *Commission c/ France*, aff. C-333/08, *Rec.* p. I-757, pt 92 : « Une application correcte du principe de précaution présuppose, en premier lieu, l'identification des conséquences potentiellement négatives pour la santé de l'utilisation proposée du MMT et, en second lieu, une évaluation complète du risque pour la santé fondée sur les données scientifiques disponibles les plus fiables et les résultats les plus récents de la recherche internationale ».

(20) TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health*, aff. T-13/99, *Rec.* p. II-1651, pt 167.

(21) Trib. UE, 9 septembre 2011, *France c/ Commission*, aff. T-257/07, *Rec.* p. II-5827, pts 222 et s.

(22) A. Alemanno, « Principe de précaution et contrôle de légalité par les juridictions communautaires », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 22, pp. 1527-1531

(23) Voy. par exemple CJCE, 21 mars 2000, *Association Greenpeace France*, aff. C-6/99, *Rec.* p. I-1651, point 44 : « le respect du principe de précaution trouve son expression, d'une part, dans l'obligation du notifiant, prévue à l'article 11, paragraphe 6, de la directive 90/220, d'informer immédiatement l'autorité compétente de nouveaux éléments d'information au sujet des risques que présente le produit pour la santé humaine ou l'environnement ainsi que dans l'obligation de l'autorité compétente, prévue à l'article 12, paragraphe 4, d'en informer immédiatement la Commission et les autres États membres ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ne constitue pas toujours la garantie d'une mise en œuvre adéquate du principe de précaution, ce qui apparaît spécialement lorsque le juge ne s'estime pas compétent pour apprécier la légalité des avis de l'Autorité européenne de sécurité alimentaire, principale responsable de l'évaluation scientifique dans le cadre des autorisations OGM (24), mais qui ne semble pas toujours offrir les meilleures garanties en termes de probité scientifique (25). Cependant, cette relative mise en retrait n'empêche pas tout devoir de vigilance de la part du juge de l'Union, qui souligne alors l'importance de l'action des institutions de l'Union, même en l'absence de certitude sur les risques encourus. L'arrêt du Tribunal du 16 décembre 2015, *Suède c. Commission* (26), est l'un des cas rares dans lesquels a été reconnue la carence de la Commission, fondée sur le fait qu'elle n'a pas adopté l'acte délégué prévu par le Règlement 528/2012 en vue de déterminer des critères visant à identifier les perturbateurs endocriniens. Le Tribunal a notamment rappelé que « la Commission ne saurait prendre appui sur le fait que les critères scientifiques qu'elle avait proposés ont fait, au cours de l'été 2013, l'objet de critiques, au motif qu'ils ne seraient pas scientifiquement fondés et que leur mise en œuvre aurait une incidence sur le marché intérieur. En effet, l'existence de ces critiques est sans influence sur le fait que pesait sur la Commission, en vertu de l'article 5, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement n° 528/2012, une obligation claire, précise et inconditionnelle d'agir au plus tard le 13 décembre 2013, en adoptant les actes délégués visés par cette disposition. Il ne saurait en effet être admis, faute de disposition en ce sens, que de telles circonstances puissent remettre en cause la volonté du législateur que la Commission adopte avant cette date les actes spécifiant les critères en cause. » (27). Le Tribunal poursuit en énonçant que « (…) la spécification des critères scientifiques pour la détermination des propriétés perturbant le système endocrinien ne peut se faire que de manière objective, au regard de données scientifiques relatives audit système, indépendamment de toute autre considération, en particulier économique. Dans ces conditions, les éventuelles critiques sur les prétendues incidences sur le marché intérieur ne sauraient en aucun cas justifier le non-respect, par la Commission, de

(24) Trib. UE, 15 décembre 2016, *TestBioTech e.a. c/ Commission européenne*, aff. T-177/13, EU:T:2016:736.

(25) Voy. Communiqué de presse du médiateur européen 20/2011, « Le Médiateur : l'EFSA devrait renforcer ses procédures pour éviter les conflits d'intérêts potentiels des cas de « portes tournantes ».

(26) Trib. UE, 16 décembre 2015, *Royaume de Suède c/ Commission*, aff. T-521/14, EU:T:2015:976.

(27) *Ibid.*, pt 70.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

son obligation d'agir. » (28). Le juge de l'Union conforte une obligation d'agir afin d'assurer une protection effective des enjeux liés au principe de précaution qui peut potentiellement prendre le pas sur l'objectif du marché intérieur.

La marge d'appréciation des institutions de l'Union est donc préservée quant à la mise en œuvre du principe de précaution, le juge se limitant à définir des garde-fous à leur action. Cette obligation d'agir imposée aux institutions de l'Union a une dimension d'autant plus significative qu'il est nécessaire que des jalons européens soient posés afin de fonder l'appréciation des mesures adoptées par les autorités nationales sur le fondement du principe de précaution. En effet, la Cour privilégie clairement une définition européenne du niveau acceptable du risque.

B. – La limitation du pouvoir d'appréciation des autorités nationales dans la mise en œuvre du principe de précaution

La Cour de justice s'est révélée beaucoup plus interventionniste dans le contrôle de la mise en œuvre nationale du principe de précaution. D'abord invoqué dans le cadre des dérogations au marché intérieur, la Cour l'a interprété restrictivement, confirmant sa volonté de promouvoir une conception européenne du principe de précaution.

C'est d'abord et principalement par le prisme des exceptions au marché intérieur et à la liberté de circulation des marchandises que le juge de l'Union a eu à connaître de mesures nationales adoptées sur le fondement du principe de précaution. Ce dernier n'est pas, dans le texte des traités, reconnu expressément comme le fondement de dérogations nationales à la liberté de circulation des marchandises, mais a pu être invoqué lorsque les mesures nationales poursuivent un objectif de protection de la santé humaine ou de la protection de l'environnement, et constituent à ce titre des entraves au marché intérieur justifiées et donc légitimes. C'est dans ce contexte que pour la première fois il y a été fait référence de manière implicite, marquant, avant l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, sa prise en compte sous l'impulsion des États membres. Ainsi, dans l'arrêt *Sandoz* du 14 juillet 1983 (29), le juge de l'Union a été amené à considérer l'argument présenté par les autorités néerlandaises pour justifier une entrave à la liberté de circulation des marchandises, sur le fondement de l'article 36 TFUE.

(28) *Ibid.*, pt 71.
(29) CJCE, 14 juillet 1983, *Procédure pénale c/ Sandoz BV*, aff. 174/82, *Rec*. p. 2445.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La législation néerlandaise prévoyait l'application d'un régime d'autorisation préalable pour la commercialisation de denrées alimentaires produites dans d'autres États membres auxquelles avaient été ajoutées des vitamines. Le juge de l'Union accueille favorablement l'argumentation de l'État membre, considérant que « dans la mesure où des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique, il appartient aux États membres, à défaut d'harmonisation, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et la vie des personnes » (30), à la condition cependant que soient prises en compte les exigences de la libre circulation des marchandises et respecté le principe de proportionnalité. La charge de la preuve pèse alors sur les autorités nationales qui doivent démontrer, dans chaque cas, « à la lumière des habitudes alimentaires nationales et compte tenu des résultats de la recherche scientifique internationale, que ces mesures sont nécessaires pour protéger effectivement les intérêts visés à l'article 30 CE et, notamment, que la commercialisation des produits en question présente un risque réel pour la santé publique » (31). L'hypothèse de la persistance d'une incertitude scientifique ne fait pas obstacle à l'adoption de mesures de protection. Sous réserve du respect des exigences classiques de proportionnalité liées au marché intérieur, les États membres peuvent donc tirer les conséquences de l'incertitude scientifique dans un champ donné à l'occasion du processus décisionnel.

Si le principe de précaution a pu être invoqué expressément ultérieurement, suivant l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, cela n'a pas contribué à ce que le moyen soit accueilli plus favorablement par la Cour de justice. Le juge de l'Union retient une conception restrictive du principe de précaution, fondée notamment sur l'appréciation du principe de proportionnalité qui joue un rôle central dans la régulation de l'exercice de la compétence nationale, la mesure nationale devant être en relation avec le niveau d'incertitude du risque. Or, selon la jurisprudence de la Cour, un risque simplement hypothétique ne peut justifier l'adoption d'une mesure d'interdiction de mise sur le marché. Dans l'arrêt *Commission c/ Danemark* (32), la Cour considère qu'un État membre, lorsqu'il est incapable de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué en raison de la nature insuffisante, non concluante ou imprécise des résultats des études menées, n'est autorisé à adopter une mesure de précaution que si la « probabilité

(30) *Ibid.*, pt 16.
(31) CJUE, 29 avril 2010, *Solgar Vitamin's France*, aff. C-446/08, *Rec.* p. I-3973, pt 55.
(32) CJCE, 23 septembre 2003, *Commission c/ Danemark*, aff. C-192/01, *Rec.* p. I-9693.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'un dommage réel pour la santé persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait » (33). Une telle conception aboutit à exiger la preuve d'un risque réel pour fonder une dérogation aux règles du marché intérieur. La Cour se montre donc particulièrement exigeante. Dans l'arrêt *Commission c/ France* de 2010 (34), elle rappelle que si un État membre peut théoriquement se fonder sur le principe de précaution, ce dernier doit apporter la preuve des conséquences potentiellement négatives pour la santé des substances en cause (35). En l'espèce, le juge considère qu'« à supposer même qu'il lui appartient, conformément au principe de précaution, d'établir seulement le risque (…), il n'en reste pas moins que la présomption généralisée d'un risque pour la santé avancée par cet État membre en l'espèce n'est pas supportée par des éléments de preuve » (36). Ainsi, l'impossibilité pour un État membre d'initier des études scientifiques, en raison d'une impossibilité matérielle ou en raison de l'évolution constante des données scientifiques (37), ne peut permettre aux autorités nationales d'échapper au couperet de la Cour de justice.

Par une telle interprétation, la Cour parvient à neutraliser l'intérêt de l'invocation du principe de précaution, qui devrait précisément être actionné lorsqu'il y a une incertitude sur le risque. Exiger la réalité d'un risque déplace le débat sur le terrain du principe de prévention. La Cour ici ne s'écarte pas de son approche classique applicable dans le cadre du marché intérieur, au titre de laquelle toute dérogation doit faire l'objet d'une interprétation restrictive, craignant que des mesures protectionnistes ne soient justifiées au nom de l'alibi du principe de précaution. Ceci s'explique par ses conséquences sur l'ordre juridique de l'Union. Quand c'est le fait d'un État, « sa décision entraînera un fractionnement du marché unique. En outre, même si la mesure prise n'est pas dictée par des motivations protectionnistes, le point de vue des autres États membres ne pourra être pris en compte, au contraire de ce qui se passe lorsqu'une institution communautaire adopte une décision au titre du principe de précaution » (38). Le juge semble avoir intégré l'idée que la promotion nationale du principe de précaution « ne doit, en

(33) *Ibid.*, pt 52.

(34) CJUE, 28 janvier 2010, *Commission c/ France*, C-333/08, *Rec.* p. I-757. A. Rigaux, « Du bon usage par un Etat du principe de précaution dans la justification des mesures qui entravent les échanges », *Europe*, mars 2010, comm. n° 108, p. 19.

(35) *Ibid.*, pt 96.

(36) *Ibid.*, pt 97.

(37) *Ibid.*, pt 103.

(38) Conclusions Poiares Maduro présentées le 14 septembre 2004, sous CJCE, 2 décembre 2004, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-41/02, *Rec.* p. I-11375, pt 30.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

aucune manière, marquer le retour en force de l'unilatéralisme » (39). L'Union européenne tend donc à promouvoir une conception monopolistique de la portée du principe de précaution, qui s'impose aux autorités nationales. Si une telle approche peut se justifier dans la mesure où la conception développée par l'Union correspondrait à des standards élevés de mise en œuvre du principe de précaution, elle tend à compromettre son dynamisme dès lors qu'elle semble faire obstacle à la promotion de mesures nationales plus protectrices de la santé ou de l'environnement. Cela va à l'encontre de la logique de la promotion d'un niveau élevé de protection de l'environnement, valeur essentielle de l'Union, qui implique au contraire de promouvoir le *stand-still* et la non-régression (40). En effet, le contrôle de proportionnalité agirait comme un « standard de régulation, lequel viendrait diminuer le niveau de protection poursuivi au niveau national » (41). Dès lors que l'échelon national est envisagé, l'objectif de réalisation du marché intérieur peut reprendre le pas sur la promotion d'un « niveau de protection élevée » de l'environnement au sein de l'Union.

La mise en retrait du juge de l'Union dans l'encadrement de la mise en œuvre du principe de précaution peut être préjudiciable pour le niveau de protection de l'environnement et de la santé humaine qui doit être garanti par l'Union européenne. Surtout, alors que cet encadrement semble plus serré dès lors que des mesures nationales sont en cause, il peut constituer un frein à cette protection, ne laissant pas de place pour la promotion d'une conception nationale de la précaution. Ce positionnement du juge révèle une volonté de réguler la répartition des compétences entre les niveaux européen et national, le premier étant chargé de la définition de la politique de précaution, le second de sa seule exécution, strictement fondée sur le cadre européen. La Cour de justice s'inscrit donc dans les rapports de système et à ce titre entre dans le jeu politique des relations entre l'Union et les États membres. Cette volonté de promouvoir une maitrise accrue des standards applicables au niveau national, au stade de la mise en œuvre du droit de l'environnement de l'Union, est aussi manifeste dans l'appréciation des conditions de l'accès au juge en matière environnementale.

(39) Conclusions Mischo présentées le 2 juillet 2002, sous CJCE, 22 octobre 2002, *National Farmers' Union*, aff. C-241/01, *Rec.* p. I-9079, pt 71.

(40) M. Prieur, G. Sozzo, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

(41) N. de Sadeleer, « Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire : du slogan à la règle », *CDE*, 1/2001, pp. 79-120, spéc. p. 122.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. – La maitrise croissante de la Cour de justice sur les conditions d'accès au juge en matière environnementale

L'appréciation des conditions d'accès au juge en matière environnementale a conduit la Cour de justice à préciser la répartition des compétences entre le niveau européen et le niveau national pour déterminer les standards applicables. Sa jurisprudence relative à la mise en œuvre du troisième pilier de la Convention d'Aarhus conduit à retenir une approche extensive de la compétence de l'Union qui limite d'autant l'autonomie procédurale nationale (A). Il s'agit là encore d'une opportunité saisie par le juge de l'Union pour, au nom de l'objectif d'une protection accrue de l'environnement, conforter la maitrise européenne des standards applicables en matière environnementale (B).

A. – Une interprétation extensive de la compétence de l'Union européenne

La jurisprudence de la Cour relative à l'invocabilité et à la mise en œuvre de l'article 9 de la Convention d'Aarhus s'inscrit dans un contexte particulier qui est celui d'une mise en retrait des États membres, qui se sont opposés à la conduite d'un processus d'harmonisation des règles d'accès au juge en matière environnementale. La thématique revêt également un intérêt car les arrêts rendus par la Cour de justice ont eu des conséquences notables sur les ordres juridiques internes, et sur des options liées à la tradition juridique de certains États membres concernant les voies d'accès au juge (42). Un arrêt est particulièrement pertinent en tant que révélateur du rôle politique de la Cour de justice (43). Il s'agit de l'arrêt de la Cour du 8 mars 2011, connu sous le nom de *l'affaire de l'ours brun slovaque* (44). Le choix du juge dans cet arrêt, qui sera confirmé dans les arrêts suivants relatifs à la mise en œuvre du troisième pilier de la Convention d'Aarhus devant les juridictions nationales, traduit une volonté d'assurer une maitrise croissante de l'Union sur les conditions procédurales d'accès au juge en matière

(42) M. Eliantonio, Ch.W. Backes, C.H. van Rhee, T.N.B.M. Spronken and A. Berlee, *Standing Up for Your Right(s) in Europe – A Comparative Study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States' Courts*, at <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462478/IPOL-JURI_ET(2012)462478_EN.pdf>, p. 83.

(43) D'autres arrêts sont notables au regard de l'interventionnisme croissant de la Cour de justice dans la définition des standards procéduraux applicables aux recours juridictionnels en matière environnementale, v. CJUE, 12 mai 2011, *Trianel*, aff. C-115/09, *Rec.* p. I-3673 ; CJCE, 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*, aff. C-263/08, *Rec.* p. I-99/67.

(44) CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie*, aff. C-240/09, *Rec.* p. 1255.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

environnementale, alors même qu'il n'y a pas eu d'harmonisation. L'arrêt étudié marque le début de l'interventionnisme du juge de l'Union dans ce domaine particulier et de son entreprise de légitimation.

L'arrêt du 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, a été rendu sur renvoi préjudiciel, à l'occasion d'un litige opposant une association ayant pour objet la protection de l'environnement au Ministère de l'environnement, l'association réclamant le statut de partie à la procédure administrative relative à l'octroi de dérogations au régime de protection d'espèces telles que l'ours brun ou à l'accès à des espaces naturels protégés. Une des questions posées à la Cour, et la seule qui sera finalement traitée, était de savoir si l'article 9, paragraphe 3, de la Convention d'Aarhus était d'applicabilité immédiate et s'imposait dès lors aux États membres, alors que l'Union européenne ne l'avait pas encore transposé. L'intérêt pour l'association d'invoquer une telle applicabilité immédiate était de fonder à son profit un droit au recours, alors que le droit national ne prévoyait pas une telle possibilité au profit des associations, qui ne pouvait satisfaire l'exigence de la preuve de l'atteinte à un droit individuel. La Cour reformule la question, en la centrant sur la reconnaissance possible de l'effet direct. La Cour se reconnaît compétente pour interpréter l'article 9, paragraphe 3, de la Convention d'Aarhus, la Convention faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union (45). Or, l'appréciation désormais classique de l'effet direct d'une disposition d'un accord international (46) prend ici une dimension particulière, qui tient à deux aspects. Tout d'abord, comme la Convention intervient dans un domaine de compétences partagées, il était nécessaire d'établir la compétence de l'ordre juridique de l'Union à interpréter cette notion pour la rendre opposable au niveau national. Ensuite, le domaine concerné est particulier en tant qu'il concerne les droits procéduraux, et à ce titre, tombe dans le champ du principe d'autonomie procédurale, selon lequel il revient d'abord aux États membres de déterminer les conditions et exigences procédurales de mise en œuvre du droit de l'Union. La Cour situe la question dans une logique de répartition des compétences et donc lui donne une dimension constitutionnelle. Au-delà de l'appréciation de l'effet direct d'une disposition internationale, il s'agit bien de se prononcer sur la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres. Certes, il s'agit d'une question relativement classique pour la Cour de justice,

(45) *Ibid.*, pts 29 à 31.

(46) CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd c/ Conseil*, aff. C-69/89, *Rec.* p. I-20/69.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

et qui a une dimension politique. Mais le rôle politique de la Cour de justice est perceptible en ce que la Cour fait elle-même un choix politique face à l'alternative entre une conception stricte ou extensive des compétences de l'Union. L'encadrement du juge paraissait assez souple, et était surtout étroitement lié à la portée conférée au principe de l'autonomie procédurale. Or, en tant que notion façonnée par la Cour elle-même, spécialement dans le cadre du dialogue des juges, sa marge de manœuvre était grande. C'est pourquoi la Cour estime que c'est à elle d' « établir la ligne de partage entre les obligations que l'Union assume et celles qui demeurent à la seule charge des États membres et pour interpréter les stipulations de la convention d'Aarhus » (47).

C'est tout d'abord via la détermination du champ d'application du droit de l'Union que la Cour va établir la compétence de l'Union pour régir les conditions d'accès au juge en matière environnementale. En sollicitant le principe du parallélisme des compétences internes et externes de manière inversée, la Cour établit que l'Union dispose bien d'une telle compétence. En effet, comme elle a ratifié la Convention d'Aarhus, qui porte sur un champ largement « couvert par une compétence de l'Union » (48), l'Union peut désormais intervenir aussi en ce qui concerne les aspects procéduraux qui tombent dans le champ d'application de la Convention. Le fait que les institutions n'aient pas encore exercé cette compétence, par exemple en adoptant une législation relative à l'accès au juge, ne remet pas en cause le fait qu'une telle compétence soit attribuée à l'Union, car « une question spécifique qui n'a pas encore fait l'objet d'une législation de l'Union relève du droit de l'Union dès lors que cette question est réglée dans des accords conclus par l'Union et par ses États membres et qu'elle concerne un domaine largement couvert par celui-ci » (49). Ensuite, une fois la compétence de l'Union établie, la Cour doit, en se fondant implicitement sur le principe de subsidiarité dans la mesure où la compétence environnementale est partagée, répartir l'exercice de la compétence procédurale. L'arrêt se réfère alors la déclaration de compétence de la Communauté formulée en application de l'article 19, paragraphe 5, de la convention d'Aarhus et annexée à la décision 2005/370. Il y était notamment indiqué que « les instruments juridiques en vigueur ne couvrent pas totalement l'exécution des obligations découlant de l'article 9, paragraphe 3, de la convention, (…) et que, par conséquent, ses États membres sont responsables

(47) CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie*, préc, pt 31.
(48) *Ibid.* pt 36.
(49) *Ibid.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'exécution de ces obligations à la date d'approbation de la convention par la Communauté européenne et le resteront jusqu'à ce que la Communauté, exerçant les compétences qui lui sont conférées par le traité CE, adopte des dispositions de droit communautaire portant sur l'exécution de ces obligations ». Suivant les termes de cette déclaration, il apparaît clairement que, bien que les États membres soient liés à la fois par le droit de l'Union et la Convention elle-même, ils en exécutent les obligations sur le fondement de leur droit national, l'Union n'ayant pas encore légiféré sur le troisième pilier de la Convention. Or, la Cour estime malgré tout que l'Union détient la compétence pour déterminer les exigences procédurales applicables à l'accès au juge en matière environnementale. Partant, bien qu'elle considère que l'article 9, paragraphe 3, ne peut être doté de l'effet direct, il est nécessaire de procéder à une interprétation conforme des exigences nationales au regard de l'article 9, paragraphe 3, de la Convention. Mais là encore, la détermination de l'interprétation de la disposition relève du juge de l'Union. Se fondant sur un argument classique et néanmoins « massue », la Cour, au nom de l'exigence d'une application effective de la législation environnementale de l'Union, estime qu'il est plus pertinent d'opter pour une interprétation uniforme des exigences de l'article 9, paragraphe 3, interprétation qui doit donc demeurer entre les mains de la Cour de justice. En effet, « lorsqu'une disposition peut trouver à s'appliquer aussi bien à des situations relevant du droit national qu'à des situations relevant du droit de l'Union, il existe un intérêt certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, cette disposition reçoive une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer » (50).

Usant de son pouvoir d'interprétation, la Cour fixe la répartition des compétences, au bénéfice de l'Union, dans un domaine dans lequel il n'y a pas de processus d'harmonisation, et marqué, dans la mesure où la compétence procédurale est en cause, par la compétence de principe des États membres au titre de l'administration indirecte. Raisonnement d'apparence classique car fondé sur les principes d'effectivité et d'équivalence, il n'en reste pas moins audacieux dans la mesure où, par l'option retenue par la Cour, il marque la prise en main par l'Union de la détermination des standards applicables à l'accès au juge en matière environnementale.

(50) *Ibid.*, pt 42.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

B. – Vers une maitrise européenne accrue des conditions d'accès au juge en matière environnementale

La portée politique de la jurisprudence de la Cour de justice ressort de l'arrêt étudié, comme d'autres rendus sur ces questions. La jurisprudence de la Cour vient combler les lacunes d'un processus législatif à l'arrêt, voir même le court-circuiter. De plus, le juge disposait bien d'un choix qui aurait pu aboutir au contraire à reconnaître la compétence des États membres en la matière. La latitude d'action du juge de l'Union apparaît d'autant plus lorsque l'analyse de sa jurisprudence révèle une mise en œuvre sélective des exigences de la Convention d'Aarhus dans l'ordre juridique de l'Union. Si la jurisprudence ambitieuse de la Cour à l'égard des ordres juridiques nationaux se justifie au nom de la protection de l'environnement, son approche très restrictive, dès lors que l'accès à son propre prétoire, est en cause en révèle les paradoxes et les limites.

En s'immisçant dans la définition des exigences procédurales nationales, la Cour se révèle particulièrement audacieuse. Certes, l'autonomie procédurale tend à être réduite à la portion congrue (51), et la jurisprudence de la Cour de justice a largement contribué à la convergence de l'office des juges nationaux lorsqu'ils contrôlent la mise en œuvre du droit de l'Union, se fondant précisément sur les principes d'effectivité et d'équivalence (52). Il n'en demeure pas moins que le domaine visé dans cette affaire présentait des traits distincts. Tout d'abord, le fondement reste une disposition internationale qui n'est pas dotée d'effet direct en droit de l'Union. De plus, s'attaquer aux conditions de recevabilité des recours juridictionnels touche directement les choix

(51) D.-U. Galetta, *Procedural autonomy of eu member states : paradise lost ?*, Berlin, Springer, 2010.

(52) CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe Zentralfinanz EG et Rewe Zentral AG c/ Landwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. 33/76, *Rec.* p. 1989 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV c/ Produktschap voor Siergewassen*, 45/76, *Rec.* p. 2043. Voy. M. Chiti, « Les droits administratifs nationaux entre harmonisation et pluralisme eurocompatible », in J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant-Larcier, 2014, p. 867, spéc. p. 872 : « L'autonomie administrative des États membres est une autonomie « conditionnée », étant donné que l'Union européenne respecte les systèmes juridiques nationaux dans la mesure où ils ne mettent pas en péril l'application du droit européen et, plus généralement, le fonctionnement de l'Union. Il s'agit donc d'une autonomie soumise à la vérification – effectuée unilatéralement par l'Union, selon ses propres règles – de la compatibilité effective des règles nationales, telles qu'éclairées par la jurisprudence nationale, avec le droit communautaire. » ; M. Le Barbier-Le Bris, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principe – Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée, 2006, p. 422.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des systèmes nationaux et leur politique jurisprudentielle, et ce d'autant plus que les États membres se sont opposés à un processus d'harmonisation législative. Si l'invocation du principe d'équivalence n'est pas forcément pertinente dans la jurisprudence relative à la mise en œuvre des exigences du troisième pilier de la Convention d'Aarhus, le principe d'effectivité a été largement mobilisé. Les conditions nationales de recours juridictionnel qui limitent l'accès au juge des associations, peuvent ainsi rendre « pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union » (53). Au nom de la promotion d'une protection juridictionnelle effective des droits découlant de l'ordre juridique de l'Union, la Cour de justice est venue remettre en cause, au moins partiellement, les règles relatives à l'appréciation de l'intérêt à agir pour contester les actes administratifs ayant un impact sur l'environnement. Il est d'ailleurs intéressant de relever une tendance dans la jurisprudence de la Cour ces dernières années à l'autonomisation de l'interprétation de la portée du droit au recours juridictionnel en matière environnementale, en se fondant sur l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux interprété à la lumière de l'article 9 de la Convention d'Aarhus. Dans la deuxième affaire de *l'ours brun slovaque* (54), la Cour de justice rappelle qu'il « découle de l'article 9, paragraphe 2, de la convention d'Aarhus que cette disposition circonscrit la marge d'appréciation dont les États membres disposent dans la détermination des modalités de recours qui y sont visés en ce que celle-ci a comme objectif d'accorder un « large accès à la justice » au public concerné (…) » (55). Or, cet arrêt est une occasion pour la Cour de rappeler la répartition des tâches entre le juge national et le juge européen dans la définition des standards applicables. Le juge européen relève ainsi que « Si, certes, cet examen incombe, en principe, à la seule juridiction de renvoi, il n'en demeure pas moins que la Cour est compétente pour dégager des dispositions du droit de l'Union, les critères que cette juridiction peut ou doit appliquer dans le cadre de celui-ci. En outre, rien n'empêche qu'une juridiction nationale demande à la Cour de se prononcer sur l'application desdites dispositions dans le cas d'espèce sous réserve toutefois que, au vu de l'ensemble des éléments du dossier dont cette juridiction nationale dispose, celle-ci procède à la constatation et à l'appréciation des faits nécessaires à cette fin » (56). La maitrise des standards applicables

(53) CJUE, 12 mai 2011, *Trianel*, préc., pt 43.
(54) CJUE, 8 novembre 2016, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, aff. C-243/15, EU:C:2016:838.
(55) *Ibid.*, pt 58.
(56) *Ibid.*, pt 64.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

et l'encadrement des juges nationaux sont donc renforcés par la mobilisation d'un fondement européen, spécialement un droit fondamental. Si la pertinence d'une telle approche se justifie au nom du renforcement de la protection de l'environnement, ce raisonnement peut être remis en cause, dès lors qu'est analysé le positionnement de la Cour à l'égard de l'application du troisième pilier de la Convention d'Aarhus aux institutions de l'Union européenne.

Le contraste ressort de manière évidente tant l'approche de la Cour de justice se révèle restrictive lorsque sont en cause les conditions de l'accès au juge européen de l'annulation afin de contester une mesure intervenant en matière environnementale (57). La légitimation de l'interventionnisme du juge de l'Union dans la définition des standards d'accès au juge national, fondé sur la promotion d'une interprétation uniforme, peut alors être remise en cause. L'approche de la Cour est alors très différente, animée par le désir de maitriser l'accès à son prétoire. En effet, alors qu'elle a été sollicitée en ce sens dans un certain nombre d'affaires, la Cour n'a pas infléchi son appréciation de l'intérêt à agir dans le cadre du recours en annulation au motif que l'enjeu de la protection de l'environnement serait en cause. Elle est restée à une interprétation classique de l'article 263, alinéa 4, TFUE, qui s'avère peut-être encore plus restrictive en matière environnementale, dans la mesure où les actions sont introduites par des associations et où la condition de l'individualité de l'atteinte semble plus délicate à satisfaire. Dans l'arrêt *Greenpeace* du 2 avril 1998 (58), la Cour considère qu'une ONG environnementale ne peut se prévaloir d'un intérêt individuel à contester une décision de la Commission relative à des financements communautaires de deux centrales électriques aux Canaries. Le juge ne dévie pas de sa jurisprudence classique, découlant de l'arrêt *Plauman* (59), ne tenant « pas compte de la nature et du caractère spécifique des intérêts environnementaux qui fondent leurs recours » (60). Le juge balaie l'argument relatif à l'atteinte à une protection juridictionnelle effective qui résulterait de l'absence d'accès direct au juge de l'Union en se fondant sur la systémique des voies de recours, invoquant la mise en œuvre

(57) C. W. Backes, M. Eliantonio, « Access to Courts for Environmental NGOs at the European and National Level : Improvements and Room for Improvement since Maastricht ? », in M. de Visser, A.P. van der Mei (eds.), The Treaty on European Union 1993-2013 : Reflections from Maastricht, Cambridge, *Intersentia*, 2013, pp. 557-580.

(58) CJCE, 2 avril 1998, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) e.a. c/ Commission*, aff. C-321/95 P, *Rec.* p. I-1651.

(59) CJCE, 5 juillet 1963, *Plaumann c/ Commission*, aff. 25/62, *Rec.* p. 197.

(60) Point 17 de l'arrêt CJCE, 2 avril 1998, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) e.a. c/ Commission*, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

possible d'un renvoi préjudiciel devant le juge national. Dans ses conclusions, l'Avocat général Cosmas avait relevé la spécificité des recours portés à l'encontre de décisions impactant l'environnement, appelant à un assouplissement de l'appréciation de la condition d'individualité, pour garantir une protection effective de ce « bien légitime » qu'est l'environnement, identifiant plusieurs cercles de requérants. Cependant, cet assouplissement ne devrait pas être appliqué en l'espèce, car le recours est formé non pas par un individu mais par une ONG. Dans cette hypothèse, le droit au recours « peut être utilisé de façon abusive et conduire à des résultats extrêmes. Les personnes physiques qui n'ont pas qualité pour agir au titre de l'article 173, quatrième alinéa, du traité pourront contourner cet obstacle procédural en constituant une organisation pour la protection de l'environnement. De plus, alors que le nombre de personnes physiques, c'est-à-dire de citoyens de l'Union européenne, aussi élevé qu'il puisse être, demeure toutefois limité, le nombre d'associations pour la protection de l'environnement susceptibles d'être créées est, théoriquement du moins, infini » (61). Ainsi, les associations de protection de l'environnement sont présentées comme une source d'engorgement massif du prétoire. Cette approche a été confirmée par la jurisprudence postérieure, la ratification de la Convention d'Aarhus par l'Union n'ayant pas eu d'influence. En effet, le juge s'en tient à la lettre stricte de l'article 263, alinéa 4, TFUE. Cette interprétation constitue non seulement une méconnaissance de la Convention d'Aarhus (62), mais surtout elle apparaît contradictoire, dans son approche, par rapport à celle développée à l'égard des juridictions nationales. L'argument du risque d'engorgement ne semble pas valoir pour les juridictions nationales, qui doivent ouvrir leur prétoire en matière environnementale, y compris aux associations, alors même que leurs règles contentieuses nationales y feraient en principe obstacle ! L'arrêt *Lesoochranárske zoskupenie VLK* et ceux qui ont été rendus par la suite semblent donc tout autant être justifiés par l'objectif de protection de l'environnement, que par celui de l'effectivité de la législation environ-

(61) Conclusions de l'Avocat général Cosmas présentées le 23 septembre 1997 sous CJCE, 2 avril 1998, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) e.a. c. Commission*, préc., pt 117.

(62) J. Betaille, « Accès à la justice de l'Union européenne, le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus s'immisce dans le dialogue des juges européens : à propos de la décision n° ACCC/C/2008/32 du 14 avril 2011 », *Revue juridique de l'environnement*, 2011, pp. 547-562. Voy. pour une constatation plus récente du manquement de l'Union européenne : Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, Findings and recommendations of the Compliance committee with regard to communication ACC/C/2008/32 (Part II) concerning compliance by the European Union, 17 mars 2017.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nementale de l'Union. En effet, si la richesse de l'intervention de l'Union européenne dans ce domaine n'est pas contestée, un enjeu central reste celui de sa mise en œuvre effective au niveau national, la multiplication des recours en manquement relatifs à l'application de la législation environnementale étant l'une de ses manifestations (63). Dans ce contexte, l'accès au juge national est un élément décisif pour sanctionner la bonne application du droit de l'Union.

La Cour de justice est sans aucun doute un acteur décisif pour la promotion de standards élevés de protection de l'environnement qui fonde un interventionnisme croissant et la conduit à opérer des arbitrages et rechercher de nouveaux équilibres dans les rapports de systèmes. Cependant, son ambivalence demeure critiquable, ou peut au moins susciter l'étonnement. L'étude de ces deux cas jurisprudentiels tend à montrer que la Cour octroie un crédit bien plus important aux institutions de l'Union qu'aux autorités nationales en la matière, se concentrant principalement sur l'encadrement de ces dernières. La dimension transnationale et globale des enjeux environnementaux est une source d'explications de la promotion de l'approche la plus uniforme possible. Or, cette approche la plus uniforme doit être fondée sur des standards élevés et surtout contrôlés. De plus, cette conception fédéraliste de la politique environnementale, construite par la Cour de justice, risque de méconnaitre sérieusement le principe de subsidiarité, qui peut aussi être un gage de protection renforcée de l'environnement.

(63) E. Chevalier, « Le 7e programme d'action pour l'environnement de l'Union européenne – Bien vivre, dans les limites de notre planète : un modèle européen en quête de légitimité », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2015/2, pp. 298-309.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 13 - La matière environnementale
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 14.

L'ESPACE PÉNAL DE L'UNION EUROPÉENNE ET LE MANDAT D'ARRÊT EUROPÉEN

Guillemine TAUPIAC-NOUVEL

Maître de conférences en droit privé, UPPA, Collège d'Études européennes et internationales, CDRE (EA 3004), Centre d'excellence Jean Monnet d'Aquitaine, Réseau universitaire européen sur le droit de l'ELSJ

Reconnaître à la Cour de justice de l'Union européenne un rôle politique dans la construction de l'espace pénal européen, et plus encore dans le processus de création du droit pénal de l'Union, est *a priori* difficilement concevable. Le droit pénal est en effet une matière entièrement soumise, dans son élaboration et son application, au principe de la légalité. Au-delà, un rôle politique de la Cour de justice en matière pénale ne relève pas de l'évidence dès lors que la compétence pénale de l'Union européenne est, elle-même, récente.

Le juge européen de Luxembourg ne bénéficie donc pas des meilleurs auspices pour trouver sa place dans ce pan de l'Espace de liberté de sécurité et de justice (ELSJ). Malgré tout, profitant des besoins en interprétation de la décision-cadre instaurant en 2002 le mandat d'arrêt européen (1), la Cour de justice va s'engager dans une démarche volontariste. Le mandat d'arrêt européen devient ainsi le vecteur principal de la jurisprudence préjudicielle de la Cour justice de l'Union pour l'Espace de liberté de sécurité et de justice.

En véritable bâtisseur du droit, la Cour exprime sa volonté par une participation active à la mise en place de l'espace pénal de l'Union européenne et une approche sécuritaire qu'elle fonde sur la nécessaire efficacité des instruments européens de coopération pénale. L'identification, aujourd'hui, de ces deux caractéristiques du rôle politique de la Cour de justice dans l'espace pénal européen suppose que la Cour de justice se

(1) Décision-cadre du Conseil 2002/584/JAI, du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOCE* n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

soit positionnée dans le domaine sensible de la lutte contre le crime. Un positionnement qui est déjà en soi un indicateur du déterminisme de la Cour de justice à avoir ici un rôle politique, selon le sens donné dans cet ouvrage (2). Toute la question sera alors celle de l'intensité de ce rôle.

Pour mieux comprendre l'enjeu de l'étude entreprise, peut-être faut-il rappeler qu'à l'origine, le droit pénal, matière de frontières par excellence (3), reste éloigné des attributions de la Cour de justice des Communautés européennes. Certes, en 1999, le traité d'Amsterdam vient renforcer la compétence pénale de l'Union dans le troisième pilier « JAI » (4) dédié à la coopération policière et judiciaire pénale, mais la compétence de la Cour de justice est, elle, doublement limitée. D'abord, seuls les renvois préjudiciels en interprétation et en validité des décisions-cadre et des décisions sont ouverts aux juridictions des États membres. Ensuite, cette compétence de la Cour de justice est subordonnée à une autorisation expresse de chaque État membre (5). À la veille de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, dix-sept États membres dont la France avaient effectué cette déclaration, à l'exception notamment du Royaume-Uni, de la République d'Irlande et du Danemark. Le traité de Lisbonne, entré en vigueur en décembre 2009, opère des changements structurels déterminants, parmi lesquels la suppression du troisième pilier. Ce faisant, la compétence pénale de l'Union européenne est consacrée, celle de la Cour de justice de l'Union européenne est généralisée dans ce domaine. À cet égard, la fin de la période transitoire de cinq années (6) marque, à compter de décembre 2014, le renforcement de l'ordre juridique répressif de l'Union européenne.

Plutôt audacieuse, la Cour de justice ne va pas attendre l'aboutissement de ces évolutions institutionnelles – et politiques – pour adopter un rôle inédit de juridiction supranationale de l'espace pénal

(2) Voy. les contributions de L. Clément-Wilz et A. Vauchez.

(3) H. Donnedieu de Vabres, *Les principes modernes du Droit pénal international*, éd. Panthéon-Assas, Paris, LGDJ, 2004.

(4) Justice et affaires intérieures.

(5) En vertu de l'article 35 du Titre VI TUE (ex. article K7), chaque État membre peut faire une déclaration par laquelle il accepte la compétence de la Cour de justice pour statuer à titre préjudiciel. S'ajoute une troisième limite à la compétence de la Cour de justice en vertu de laquelle chaque État membre décide lesquelles de ses juridictions internes sont habilitées à poser les questions préjudicielles.

(6) L'article 10 du protocole 36 au TFUE maintenait le système *ante*-Lisbonne dans le domaine de la coopération pénale concernant les actes de l'Union adoptés avant l'entrée en vigueur dudit Traité. Autrement dit, avant le 1er décembre 2014, le recours en manquement et le renvoi préjudiciel généralisé n'étaient pas applicables aux décisions-cadre portant les instruments européens de répression sauf dans l'hypothèse d'une modification normative.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

européen (7). L'instrument du mandat d'arrêt européen créé par la décision-cadre du 13 juin 2002 est rapidement devenu le vecteur privilégié de la jurisprudence « pro-active » de la Cour dans le domaine pénal.

Le mandat d'arrêt européen est sans doute l'instrument le plus emblématique de l'espace pénal européen. Instrument de coopération judiciaire pénale *post*-Amsterdam, il met en œuvre pour la première fois en matière pénale le principe de reconnaissance mutuelle et, ce faisant, la libre circulation des décisions de justice pénales. En cela, il marque le début d'une nouvelle ère de répression transfrontière (8).

Pourtant, la logique d'intégration européenne dans laquelle le mandat d'arrêt européen est ancré manque de visibilité. Le projet de l'Union de devenir un Espace de liberté de sécurité et de justice se diffuse péniblement auprès des autorités judiciaires nationales qui sont pourtant le rouage principal de la coopération pénale intra-européenne. Les principes fondateurs et structurels de l'Union européenne qui sous-tendent le mandat d'arrêt européen ne sont pas clairement identifiés. À ces absences dommageables pour la bonne application du droit pénal de l'Union européenne, et malgré l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, s'ajoutent les imprécisions de la décision-cadre du 13 juin 2002.

La Cour de justice va alors être confrontée à des questions préjudicielles nouvelles et « d'envergure » (9). Dès 2007, elle fait le choix d'intervenir (10), incitée par un certain activisme de ses avocats généraux (11), en établissant plus largement les caractéristiques de l'espace pénal de l'Union européenne. Comme l'a déjà souligné l'avocat général Yves Bot, « la Cour est entrée de plain-pied dans la construction de

(7) H. Labayle, « Coopération judiciaire en matière pénale et coopération policière », *Jscl. Europe*. Voy. également, plus précisément sur la compétence pénale de l'Union : S. Manacorda, « Judicial activism dans le cadre de l'espace de liberté de sécurité et de justice de l'Union européenne », *RSC*, 2005, n° 4, p. 940.

(8) Sur les caractéristiques du nouveau modèle de circulation des décisions pénales, voy. G. Taupiac-Nouvel, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne. Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice*, Paris, Institut Varenne, LGDJ, 2011.

(9) Pour reprendre ici le terme de l'Avocat Général Pedro Cruz Villalòn dans sa Prise de position du 6 juillet 2015, aff. C-237/15 PPU, EU:C:2015:509.

(10) Saisine de la CJCE par la Belgique d'un renvoi préjudiciel en validité de la décision-cadre du 13 juin 2002 : CJCE, 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld VZW, aff. C-303/05, *Rec.* p. I-3633.

(11) Voy. en ce sens, les cinq prises de position des Avocats généraux dans des affaires pourtant traitées selon la procédure péjudicielle d'urgence (PPU), prise de position du 6 août 2008, aff. C-296/08 PPU, *Rec.* p. I-6307 ; prise de position du 28 avril 2008, aff. C-66/08, *Rec.* p. I-6041 ; prise de position du 6 juin 2012, aff. C-192/12 PPU, EU:C:2012:404 ; prise de position du 2 mai 2014, aff. C-129/14 PPU, EU:C:2014:586 ; prise de position du 6 juillet 2015, aff. C-237/15 PPU, EU:C:2015:474.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'espace de liberté, de sécurité et de justice en matière pénale » (12). Aussi, se pose la question des moyens par lesquels la Cour de justice va exercer son rôle politique, mais également celle du degré de son intervention. Il apparaît que selon les outils prétoriens utilisés, le degré d'implication de la Cour de justice dans la construction de cet espace pénal n'est pas le même. Par exemple, on ne peut nier que retenir une approche systémique ou procéder par proclamation de principes structurels témoignent d'un engagement fort de la juridiction supranationale européenne.

À l'inverse, au gré de ses décisions portant sur l'instrument du mandat d'arrêt européen, la Cour de justice de l'Union laisse entrevoir distinctement une ligne politique sécuritaire qui, elle, révèle un positionnement jurisprudentiel plus mesuré. Cette dynamique sécuritaire est en effet adoptée par la Cour dans un domaine qui aurait impliqué davantage d'audace en termes de protection des droits fondamentaux. Certes, la mise en exergue systématique des éléments faisant la spécificité de l'ordre juridique de l'Union européenne, entre confiance mutuelle et nécessaire efficacité des instruments répressifs européens, ne peut être reprochée à la Cour de justice. Mais nul ne peut ignorer aujourd'hui le décalage entre ces positions politiques de la Cour pour assurer le bon fonctionnement de l'ELSJ et la fragilité de certaines de ses constructions. Une fragilité particulièrement illustrée en 2018 avec l'affaire Carles Puigdemont et la non-exécution par les juridictions belges et allemandes des mandats d'arrêt européens émis à son encontre. En atteste aussi la multiplication de problématiques touchant la matière pénale en plein cœur, mise en lumière dans le contentieux relatif au mandat d'arrêt européen. Partant que la mise en place d'un véritable espace judiciaire européen ne peut se faire au détriment d'un équilibre entre sécurité et protection des libertés individuelles, tout cela conduit à s'interroger sur les limites structurelles du principe identitaire de la confiance mutuelle. Malgré tout, il n'est pas exagéré de considérer que dans chacune de ces décisions, la Cour de justice de l'Union pose une pierre à l'édifice d'un espace pénal européen et sans doute, plus largement, de l'ELSJ (13).

(12) Y. Bot, « Le droit pénal et l'Union européenne – Ombres et lumières », in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilos Skouris (2003-2015)*, *Liber amicorum*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 144, spéc. p. 154.

(13) En ce sens, Y. Bot, « Le droit pénal et l'Union européenne – Ombres et lumières », in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilos Skouris (2003-2015)*, *Liber amicorum*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 144.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

À ce jour, la Cour de justice a rendu vingt-huit décisions relatives au mandat d'arrêt européen (14), dont une seule ordonnance (15). Sur ces vingt-sept arrêts, on relèvera d'une part, que onze ont été prononcés par la Grande chambre et que tous ont suscité les observations d'États membres tiers à la procédure. D'autre part, la Cour a rendu quasiment autant d'arrêts importants relatifs au mandat d'arrêt européen ces deux dernières années qu'entre 2007 et 2015. Une activité juridictionnelle qui a permis à la Cour de justice de conforter, elle-même, sa fonction de juridiction supranationale et de fournir une meilleure grille de lecture de son rôle politique.

Une étude d'ensemble de la jurisprudence relative au mandat d'arrêt européen sera préférée à un travail ponctuel sur certains arrêts. Cela au moins pour deux raisons. En premier lieu, une connaissance globale de la jurisprudence permet de distinguer, dans le cadre des renvois préjudiciels en interprétation, les outils prétoriens révélant les choix politiques de la Cour de justice. En second lieu, cette méthode de travail plus globale a pour avantage de mettre en lumière l'évolution de la ligne politique de la Cour de justice.

Caractérisant le rôle politique de la Cour de justice dans le domaine du mandat d'arrêt européen et de l'espace pénal de l'Union, la démarche constructive de la Cour (I) et son approche sécuritaire (II) seront envisagées successivement.

I. – Une démarche constructive

En matière pénale, la Cour de justice opte dès le début pour une démarche constructive. À l'occasion des questions préjudicielles en interprétation des dispositions de la décision-cadre du 13 juin 2002, le juge de Luxembourg choisit de participer activement à l'élaboration du droit de la coopération judiciaire pénale. Le coup de force de la Cour de l'ordre juridique européen est de poser un cadre général reposant sur une approche systémique de l'espace pénal européen (A). Puis, la Cour de justice va avancer en consacrant les principes et concepts du droit de l'Union applicables en la matière (B).

(14) À ces vingt-huit décisions analysées pour les besoins de cette étude, se sont ajoutés, très récemment, trois arrêts importants : CJUE, *ML*, 25 juillet 2018, C-220/18 PPU ; CJUE, *LM*, 25 juillet 2018, C-216-18 PPU ; CJUE, *RO*, 19 septembre 2018, C-327/18 PPU. Cette activité judiciaire ne remet pas en cause l'analyse fournie ici, au contraire, ces récentes décisions confirment les grandes caractéristiques du rôle politique de la Cour de justice dégagées.

(15) CJUE, *Openbaar Ministerie c/ A*, 25 septembre 2015, C-463/15 PPU, EU:C:2015:634.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

A. – Le choix d'une approche systémique

Après quinze ans d'existence, le mandat d'arrêt d'européen semble toujours souffrir d'un support normatif insuffisant. Ce qui correspond à un manque de contextualisation de l'instrument dans l'ordre juridique européen est une véritable lacune du droit pénal de l'Union européenne (1). Afin de colmater ces absences, la Cour opère une formalisation de la logique de la construction européenne qui se traduit par une approche systémique de l'espace pénal européen (2).

1° – *Le manque de contextualisation normative*

Le mandat d'arrêt européen est une décision judiciaire émise par un État membre en vue de l'arrestation et de la remise par un autre État membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté (16). La rupture avec le mécanisme classique de l'extradition était attendue ; l'urgence de la lutte contre le terrorisme aux lendemains des attentats du 11 septembre 2001 a permis une rapide concrétisation (17). Le cractère inédit de cet instrument européen de coopération judiciaire pénale est d'être fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales qui a été établi par les chefs d'États et de Gouvernements comme la « pierre angulaire » de la coopération pénale européenne (18). La libre circulation des décisions de justice s'applique ainsi pour la première fois en matière pénale (19). Cependant, la logique même du principe de reconnaissance mutuelle impliquant une efficacité extra-territoriale des jugements et autres décisions de justice pénaux n'est pas clairement posée. Or, sans définition technique de ce principe sous-tendant l'intégralité du nouveau mécanisme de coopération pénale intra-européen, les auteurs de la décision-cadre du 13 juin 2002 ne sont pas parvenus à élaborer un dispositif législatif complet. Ce manque de contextualisation normative a plusieurs conséquences.

(16) Article 1, § 1, de la décision-cadre du Conseil 2002/584/JAI, du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, préc.

(17) J. Pradel, « Le mandat d'arrêt européen. Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition », Paris, Dalloz, mai 2004, n°s 20 et 21.

(18) Conclusions de la Présidence, Conseil de Tampere, 15 et 16 octobre 1999.

(19) Considérant 5, décision-cadre du Conseil 2002/584/JAI, préc. : « Aux relations de coopération classiques qui ont prévalu jusqu'ici entre États membres, il convient de substituer un système de libre circulation des décisions judiciaires en matière pénale, tant pré-sentencielles que définitives, dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

D'abord, de nombreuses lois nationales de transposition ne sont pas conformes au droit dérivé de l'Union. Les législateurs nationaux ont souvent transposé le mandat d'arrêt européen sans se reporter au principe européen de reconnaissance mutuelle mais surtout sans prendre la véritable mesure des changements portés par ce principe européen (20). Ensuite, les juridictions nationales éprouvent des difficultés à appliquer certaines dispositions de la décision-cadre du 13 juin 2002. À de nombreux égards, les Hautes juridictions nationales, parmi lesquelles la Cour de cassation française par exemple, ont tendance à ne pas reconnaître la spécificité de l'ordre juridique de l'Union européenne lorsqu'elles se prononcent sur la mise en œuvre de son droit (21). Cette délicate situation topique de chevauchement des ordres juridiques perdure après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui a pourtant consacré aux articles 67 et 82 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (22) le principe fondateur de reconnaissance mutuelle en coopération pénale (23).

Confrontée très tôt à l'absence problématique de cadre européen pour la mise en œuvre efficace du mandat d'arrêt européen dans les États membres, la Cour de justice prend à sa charge de formaliser la logique européenne de la construction d'un espace pénal sans frontière intérieure. Pour ce faire, il semble que la juridiction supranationale retienne une approche systémique de l'espace pénal européen.

2° – *L'approche systémique prétorienne de l'espace pénal européen*

Incontestablement, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative au mandat d'arrêt européen s'inscrit dans une démarche entreprenante et pédagogique. Dans le travail de la Cour

(20) Ce qui est notamment le cas de la France, avec sa loi de transposition du 9 mars 2004, Loi dite « Perben II » : articles 695-11 et s. du Code de procédure pénale.

(21) Voy. par exemple un arrêt relatif aux motifs de refus d'exécution des mandats d'arrêt européens : Cass. Crim, 12 avril 2016, n° 16-82175. Sur une résistance similaire de la part des juridictions judiciaires allemandes, v. S. Braum, L'affaire Carles Puigdemont : le droit pénal européen en crise de confiance, 15 juin 2018, www.gdr-elsj.eu.

(22) Art. 67, § 3, TFUE : « L'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci, par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par *la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale* et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales ». Art. 82, § 1, TFUE : « *La coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires* et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les domaines visés au paragraphe 2 et à l'article 83 ». Nous soulignons dans le texte.

(23) G. Taupiac-Nouvel, « Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales dans l'Union européenne : principe fondateur de l'Europe pénale », in *La Chambre criminelle face aux droits européens*, Actes du colloque organisé à la Cour de cassation, Institut Varenne, LGDJ, 2017.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

consistant à jalonner l'espace pénal européen, deux périodes peuvent être distinguées : avant et après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

Dans un premier temps, la Cour de justice des Communautés européennes se positionne tant dans le flou du droit issu de la décision-cadre du 13 juin 2002 que dans le silence des traités. Dès le premier arrêt mettant en cause la conformité du mandat d'arrêt européen au principe de non-discrimination et de légalité des délits et des peines, la Cour de justice formule un considérant de principe qui sera toujours repris par la suite à titre liminaire et en vertu duquel « ainsi qu'il ressort en particulier de l'article 1er, § 1 et 2 de la décision-cadre et de ses 5e et 11e considérants, celle-ci a pour objet de remplacer le système d'extradition multilatéral entre États membres par un système de remise entre autorités judiciaires de personnes condamnées ou soupçonnées aux fins d'exécution de jugements ou de poursuites fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle » (24). La Cour poursuit en insistant sur l'objectif de l'instrument européen qui est de « de faciliter et accélérer la coopération judiciaire et l'exécution des décisions » (25). À compter de cette décision, la Cour de justice, pédagogue, fait découler du principe de reconnaissance mutuelle tout le fonctionnement du mandat d'arrêt européen, ainsi que les éléments principaux de la construction de l'espace pénal européen. À cet égard, si une étape supplémentaire dans la formalisation est franchie dans un arrêt du 6 octobre 2009 (26), c'est un arrêt *post*-Lisbonne qui matérialise l'approche systémique dans sa *quasi* intégralité.

Un second temps se marque en effet dans cette jurisprudence jalon de la Cour de justice relative au mandat d'arrêt européen. Cette fois, à l'appui d'une décision-cadre du 13 juin 2002 non modifiée (27) mais en présence de dispositions de droit primaire solides concernant l'ELSJ introduites par le traité de Lisbonne, la Cour de justice de l'Union européenne précise sa position. Selon elle, « en ce qui concerne l'objectif poursuivi par la décision-cadre, il convient de rappeler que celle-ci tend, notamment, à faciliter et à accélérer la coopération judiciaire. Cette décision-cadre vise ainsi à contribuer à réaliser l'objectif assigné

(24) CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW*, aff. C-303/05, *Rec.* p. I-3633, pt 28.

(25) *Ibid.*, pt 31.

(26) CJCE, 6 octobre 2009, *Dominic Wolzenburg*, C-123/08, notamment pt 57 « Le principe de reconnaissance mutuelle, qui sous-tend l'économie de la décision-cadre 2002/584, implique, en vertu de l'article 1er, § 2 de cette dernière que les États membres sont en principe tenus de donner suite à un mandat d'arrêt européen… ».

(27) Sous réserve de la modification ponctuelle par la décision-cadre 2009/299/JAI du 26 février 2009 renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à l'Union de devenir un *espace de liberté, de sécurité et de justice* en se fondant sur le degré de *confiance élevé* qui doit exister entre les États membres ». Par ailleurs, ainsi que cela ressort des considérants 5 et 7 de la décision-cadre, celle-ci a pour objet de remplacer le système d'extradition multilatéral entre États membres par un système de *remise entre autorités judiciaires* de personnes condamnées ou soupçonnées aux fins d'exécution de jugements ou de poursuites, ce dernier système étant fondé sur *le principe de reconnaissance mutuelle*. Ledit principe, qui constitue la « pierre angulaire » de la coopération judiciaire, implique, en vertu de l'article 1er, paragraphe 2, de la décision-cadre, que les États membres sont en principe *tenus de donner suite à un mandat d'arrêt européen*. En effet, ces derniers soit sont tenus d'exécuter, soit ne peuvent refuser d'exécuter un tel mandat et ne peuvent subordonner son exécution à des conditions que dans les cas énumérés aux articles 3 à 5 de cette décision-cadre » (28).

Par la formulation de son approche systémique du modèle de coopération pénale de l'ELSJ, la Cour de justice met en avant les termes clés de l'espace pénal européen (29). Néanmoins, la question se pose de savoir si un positionnement plus engagé de la Cour de justice n'aurait pas consisté à fournir une définition en termes techniques et juridiques du principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice sur lequel tout le système se fonde. Il semble que la Cour, confrontée récemment à cette question, ait choisi de ne pas y répondre complètement (30). En toutes hypothèses, l'approche systémique telle que formalisée par la Cour de justice a l'avantage de poser le cadre dans lequel cette dernière va développer les principes et concepts du droit européen de la coopération pénale.

B. – La consécration de principes et concepts fondateurs

Le *leit motiv* de la Cour de justice dans son travail d'interprétation de la décision-cadre du 13 juin 2002 semble être la garantie de l'effectivité du droit de l'Union, ici celui de la coopération pénale. Dans cette optique, la Cour utilise des outils prétoriens qui peuvent apparaître comme étant « classiques » pour les familiers de la jurisprudence communautaire. Il s'agit d'abord de l'affirmation des principes

(28) CJCE, 28 juin 2012, *Melvin West*, aff. C-192/12. Voy. les pts 53, 54, et 55 de l'arrêt.
(29) Nous les soulignons dans le texte.
(30) CJUE, 1er juin 2016, *Niculaie Aurel Bob-Dogi*, aff. C-241/15.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

fondateurs de l'Union européenne (31), ceux-là même qui caractérisent le processus d'intégration européen (1). Ensuite, est visé le développement des notions autonomes du droit de l'Union (2). Mais si cette action jurisprudentielle n'a rien de surprenant en droit de l'Union (32), elle révèle une certaine audace, voire témérité, en matière pénale.

1° – *Effectivité du droit européen et affirmation des principes fondateurs de l'Union dans le domaine pénal*

Dans sa mission d'assurer l'effectivité du droit de l'Union européenne, la Cour de justice a pour ambition de donner aux États membres les moyens d'appliquer correctement les dispositions du droit dérivé. En ce sens, le renvoi préjudiciel apparaît bien être la voie privilégiée de son intervention. Il aura permis à la Cour de procéder, dès 2003, à la reconnaissance de principes spécifiques à la construction européenne dans le champ pénal. Plus encore, à l'occasion de ses décisions relatives à la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen, et à travers lui du principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, la Cour de justice va proclamer l'application dans l'espace pénal européen de principes fondateurs de l'Union européenne.

En 2003, la Cour distingue le principe de confiance mutuelle comme le ciment de la coopération pénale entre les États membres (33). Certes cette décision n'est pas rendue dans le cadre de l'interprétation du texte portant le mandat d'arrêt européen mais elle marque le point de départ d'une jurisprudence particulièrement révélatrice du rôle politique de la Cour de justice en droit pénal. Or, si le principe de confiance mutuelle structure aujourd'hui l'ensemble de l'ELSJ, il a été initialement développé pour le droit européen de la coopération pénale. Forte de ses contours flous, la confiance mutuelle s'est progressivement enracinée

(31) J. Molinier (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Droit et Justice, Paris, PUF, 2005.

(32) Sur l'idée de la jurisprudence intégrationniste de la Cour de justice, voy. V. Skouris, « Un et multiple : l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice », Conférence inaugurale du cycle de conférences de la Cour de cassation en droit européen, 29 janvier 2007, www.courdecassation.fr

(33) Dans l'affaire dite « *Gözutok* » de 2003, la question posée à la Cour de justice des communautés européennes concernait l'interprétation du principe *ne bis in idem* tel que prévu à l'article 54 de la Convention d'application des accords de Schengen. Selon la Cour, la mise en œuvre du principe *ne bis in idem* « implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres États membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente ». CJCE, 11 février 2003, *Procédures pénales c/ Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge*, aff. jtes. C-187/01 et C-385/01, *Rec.* p. I-1345.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dans la logique de la construction d'un espace judiciaire commun. Plus précisément, la Cour de justice s'est prononcée sur les rapports entre ce principe cardinal de confiance mutuelle et le principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice (34). À compter de 2012, le principe de confiance mutuelle rejoint la formule jurisprudentielle de l'approche systémique élaborée par la Cour de justice (35). Il en ressort que la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen tend « à faciliter et à accélérer la coopération judiciaire en vue de contribuer à réaliser l'objectif assigné à l'Union de devenir un espace de liberté, de sécurité et de justice en se fondant sur *le degré de confiance élevé* qui doit exister entre les États membres » (36).

Le statut de la confiance mutuelle est ensuite conforté par la Cour de justice dans son Avis 2/13 du 18 décembre 2014 (37). La Cour tente alors de donner toute sa force juridique au principe de confiance mutuelle en considérant « que le principe de la confiance mutuelle entre les États membres a, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale étant donné qu'il permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures. Or, ce principe impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit » (38). Faisant preuve de cohérence, la Cour de justice reprendra cette formule dans sa jurisprudence subséquente relative au mandat d'arrêt européen en retenant que « tant le principe de confiance mutuelle entre les États membres que le principe de reconnaissance mutuelle ont, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale étant donné qu'ils permettent

(34) Elle est ici confortée par les Programmes quinquennaux pour l'ELSJ qui contribuent à souder le lien entre le fonctionnement effectif de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice et la confiance mutuelle entre les autorités des États membres. Voy. le Programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *JOUE* C 115, 4 mai 2010, § 3 : « dans le programme de La Haye, adopté en 2004, le Conseil européen a fait observer que, pour que le principe de reconnaissance mutuelle produise ses effets, il convient de renforcer la confiance mutuelle en faisant émerger progressivement une culture judiciaire européenne fondée sur la diversité des systèmes juridiques et sur l'unité par le droit européen ». Dans le même sens, voy. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, L'agenda de l'Union européenne en matière de justice pour 2020 – Améliorer la confiance, la mobilité et la croissance au sein de l'Union, 11 mars 2014, COM(2014) 144 final.

(35) Voy. *supra*.

(36) CJUE, 28 juin 2012, *Melvin West*, aff. C-192/12, EU:C:2012:404. Nous soulignons dans le texte.

(37) CJUE, Avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454.

(38) *Ibid*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures » (39). De cette formule découle la position de la Cour de justice quant à la protection des droits fondamentaux dans l'espace européen (40). Avec le principe de confiance mutuelle, la Cour de justice marque l'organisation structurelle de l'espace pénal européen – et celle de l'ELSJ plus largement – au fer rouge.

Évoquer immédiatement le principe devenu central de la confiance mutuelle, ne doit pas faire oublier le mouvement jurisprudentiel qui a consisté à proclamer dans le domaine pénal les principes communautaires tels que celui de non-discrimination et celui de coopération loyale. Nul doute qu'en 1999, lorsque l'ELSJ devient le nouvel objectif de l'Union européenne, la question brûlante est de savoir si les principes caractérisant le processus d'intégration européen s'y appliquent. Dans une démarche constructive assumée, la Cour de justice va affirmer ces deux principes en coopération pénale. Or, affirmer la mise en œuvre du processus d'intégration européen dans le cadre de l'ELSJ est, en soi, un acte politique fort. D'une part, il s'agit pour le juge européen, dans le silence du droit de l'Union, de prendre position contre un cloisonnement de la logique d'intégration au seul marché intérieur. D'autre part, à y regarder de plus près, les principes de non-discrimination selon la nationalité (41) et de coopération loyale ne ménagent pas les États membres réticents au droit pénal de l'Union. Concernant le second principe, après l'avoir consacré en 2012 (42), la Cour de justice est revenue récemment sur l'importance de l'interprétation conforme en coopération pénale. En effet, dans un arrêt du 29 juin 2017, la Cour rappelle que, selon une jurisprudence constante, « cette obligation d'interprétation conforme du droit national est inhérente au système du Traité en ce qu'elle permet aux juridictions nationales d'assurer, dans le cadre de leur compétence, la plein efficacité du droit de l'Union lorsqu'elles tranchent les litiges dont elles sont saisies » (43). Plus loin, la Cour ajoute que le principe de coopération loyale permet « de

(39) CJUE, 5 avril 2016, *Pàl Aranyosi et Robert Caldararu*, aff. jtes. C-404/15 et C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

(40) Voy. *infra*.

(41) CJCE, 6 octobre 2009, *Dominic Wolzenburg*, aff. C-123/08, *Rec.* p. I-9621 ; CJUE, 5 septembre 2012, *João Pedro Lopes Da Silva Jorge*, aff. C-42/11, EU:C:2012:517, voy. pt 50 : « en conséquence, s'ils transposent l'article 4, point 6, de la décision-cadre 2002/584 dans leur droit interne, les États membres ne sauraient, sous peine de porter atteinte au principe de non-discrimination selon la nationalité, limiter ce motif de non-exécution aux seuls ressortissants nationaux, à l'exclusion absolue et automatique des ressortissants d'autres États membres qui demeurent ou résident sur le territoire de l'État membre d'exécution et quels que soient les liens de rattachement que ceux-ci présentent avec cet État membre ».

(42) CJUE, 5 septembre 2012, *João Pedro Lopes Da Silva Jorge*, préc.

(43) CJUE, 29 juin 2017, *Daniel Adam Poplawsk*i, aff. C-579/15, EU:C:2017:503, voy. pt 31.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

garantir la pleine effectivité de la décision-cadre en cause et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci » (44). Mais assurer l'effectivité du droit pénal de l'Union suppose également, selon la Cour de justice, le développement des notions autonomes.

2° – *Effectivité du droit européen et développement des notions autonomes du droit pénal de l'Union*

Moins remarquée est la montée en puissance des notions autonomes du droit de l'Union en coopération judiciaire pénale. Outil prétorien classique pour assurer l'uniformité – et l'effectivité – du droit de l'Union européenne (45), les notions autonomes ont déjà marqué le droit européen de la coopération en matière civile et commerciale (46). Dans le champ pénal, leur arrivée s'est faite discrètement dès les premiers arrêts rendus par la Cour de justice portant sur l'interprétation du texte du 13 juin 2002. En 2008, le juge européen s'est par exemple prononcé sur la notion de « résidence » qui conditionne l'application de certaines dispositions relatives à l'exécution des mandats d'arrêt européens (47). La Cour utilise alors sa formule jurisprudentielle habituelle lorsqu'elle a recours à la technique d'interprétation spécifique des notions autonomes, en vertu de laquelle « il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition de ce droit qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause ». Partant, les années 2016 et 2017 sont particulièrement prolifiques pour la consécration des notions autonomes du droit de la coopération pénale de l'Union. Le juge européen, toujours à l'occasion de questions préjudicielles portant sur l'instrument du mandat d'arrêt européen, fait entrer dans cette catégorie des notions clés de droit pénal, telles que « citation en justice à personne » (48), « détention » (49). Plus encore, la Cour de justice vient de rendre trois arrêts illustrant l'importance des notions

(44) *Ibid.*, voy. pt 34.

(45) L. Charbonneau, « Notions autonomes et intégration européenne », *Cahiers de droit européen*, 2013, p. 21.

(46) M. Audit, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *Journal de droit international*, n° 3, 2004, p. 789.

(47) CJCE, 17 juillet 2008, *Kozlowski*, aff. C-66/08, *Rec.* p. I-6041.

(48) CJUE, 24 mai 2016, *Pawel Dworzecki*, aff. C-108/16 PPU, EU:C:2016:346.

(49) CJUE, 28 juillet 2016, *JZ c/ Prokuratura Rejonowa Lodz*, aff. C-294/16 PPU, EU:C:2016:610.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

autonomes de droit pénal en consacrant comme telle la notion d'« autorité judiciaire » (50).

L'intérêt pour la juridiction supranationale européenne est de fournir des critères de définition communs à tous les États membres qui seraient dégagés à partir de la logique de l'ordre juridique de l'Union et de la finalité intégrative poursuivie par le texte de droit dérivé (51). Ce faisant, la Cour de justice confirme sa volonté de construire l'espace pénal européen conformément au processus d'intégration de l'Union. Néanmoins, il semble important de rester réservé sur la pertinence des notions autonomes de l'Union en droit pénal. Dans une matière si sensible, celles-ci pourraient apparaître trop déracinées des systèmes répressifs nationaux déjà fortement imprégnés des définitions constitutionnelles et strasbourgeoises. Irrémédiablement, par ses décisions, la Cour de justice ramène le débat sur le terrain de la légitimité du droit pénal de l'Union européenne. Un positionnement politique de la Cour de justice lourd de conséquences d'autant qu'il se double d'une approche sécuritaire marquée.

II. – Une approche sécuritaire

L'étude de la jurisprudence de la Cour de justice portant sur l'instrument du mandat d'arrêt européen met en lumière une approche sécuritaire du mécanisme de répression dans l'espace européen. En effet, il apparait que le renforcement des garanties d'efficacité de la répression (A) s'accompagne, encore à l'heure actuelle, d'une prise en compte minimaliste des droits fondamentaux par la Cour de Luxembourg (B). Limitée dans ses choix par les dispositions d'un droit dérivé de la coopération pénale privilégiant la répression à la protection des libertés individuelles (52), la Cour de justice de l'Union européenne s'inscrirait alors dans une dynamique davantage déclarative que constructive.

(50) CJUE, 10 novembre 2016, *Krzysztof Marek Poltorak*, aff. C-452/16 PPU, EU:C:2016:858 ; CJUE, 10 novembre 2016, *Ruslanas Kovalkovas*, aff. C-477/16 PPU, EU:C:2016:861. Voy. également CJUE, 10 novembre 2016, *Halil Ibrahim Özçelik*, aff. C-453/16 PPU, EU:C:2016:860.

(51) En ce sens, voy. D. Simon, « Les notions autonomes en droit de l'Union », in *Mélanges H. Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015, p. 93.

(52) S. de Biolley, « Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de la justice pénale : cristallisation de la tension sous présidence belge », in G. de Kerchove, A. Weyembergh (dir.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Ed. Univ. Brux., 2003, p. 169.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

A. – Le renforcement des garanties d'efficacité de la répression

La Cour de justice, en réponse aux questions préjudicielles qui lui sont soumises par les juridictions nationales des États membres, décide de conforter le mécanisme répressif porté par le mandat d'arrêt européen. En ce sens, l'obligation d'exécuter les mandats d'arrêt européens va être posée comme un principe (1) avec pour corolaire l'interprétation stricte des motifs de refus d'exécution (2).

1° – *Le principe de l'obligation d'exécuter les mandats d'arrêt européens*

Dans le cadre de son approche systémique de la coopération pénale intra-européenne, la Cour tente de mettre en exergue le code génétique du principe de reconnaissance mutuelle appliqué aux décisions de justice pénales. En ce sens, dans l'arrêt *Bob-Dogi* (53), la Cour de justice a rappelé que l'émission d'un mandat d'arrêt européen suppose bien l'existence d'une décision de justice nationale sur laquelle il vient se greffer. Précisément, le mandat d'arrêt européen est un acte procédural européen permettant aux décisions pénales nationales de circuler dans l'espace européen. Ce faisant, à l'instar de la dynamique instaurée dans le marché intérieur, la Cour insiste sur le lien de filiation entre le principe de libre circulation entre les États membres et la reconnaissance mutuelle. Aussi, « le principe de reconnaissance mutuelle qui sous-tend l'économie de la décision-cadre 2002/584 implique en vertu de l'article 1er § 2 de cette dernière que les États membres sont en principe tenus de donner suite à un mandat d'arrêt européen » (54). La Cour arrêtera par la suite un considérant de principe en vertu duquel « il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que le principe de reconnaissance mutuelle, qui constitue la « pierre angulaire » de la coopération judiciaire, implique, en vertu de l'article 1er, paragraphe 2, de la décision-cadre, que les États membres sont en principe tenus de donner suite à un mandat d'arrêt européen » (55). L'obligation d'exécution des mandats d'arrêt européens est ainsi clairement posée. Elle a en outre une portée large.

(53) CJUE, 1er juin 2016, *Niculaie Aurel Bob-Dogi*, aff. C-241/15, EU:C:2016:385.
(54) CJCE, 6 octobre 2009, *Dominic Wolzenburg*, aff. C-123/08, *Rec.* p. I-9621.
(55) CJUE, 16 juillet 2015, *Minister for Justice and Equality c/ F. Lanigan*, aff. C-237/15 PPU, EU:C:2015:474.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La Cour de justice saisit en effet l'opportunité de deux questions préjudicielles en interprétation soulevées par la République d'Irlande pour donner une ampleur considérable à l'obligation d'exécution des mandats d'arrêt européens. Dans les affaires *Lanigan* du 16 juillet 2015 (56) et *Vilkas* du 25 janvier 2017 (57), les délais d'exécution des mandats d'arrêt européens strictement prévus par la décision-cadre du 13 juin 2002 n'avaient pas été respectés par les autorités irlandaises. Dans la première affaire, la procédure interne ayant été trop longue, l'autorité judiciaire compétente n'avait pas été en mesure de rendre sa décision définitive sur l'exécution du mandat d'arrêt européen dans les quatre-vingt-dix jours impartis par le droit dérivé. Dans la seconde affaire, le non-respect de ces délais stricts avait pour cause la résistance physique opposée par l'individu au moment de sa remise aux autorités d'émission du mandat d'arrêt européen. La Cour de justice de l'Union européenne rend deux décisions qui procèdent directement d'une extension de la portée de l'obligation d'exécuter les mandats d'arrêt européens. Selon elle, « la seule expiration des délais fixés par la décision-cadre ne saurait soustraire l'État membre d'exécution à son obligation de poursuivre la procédure d'exécution d'un mandat d'arrêt européen et de procéder à la remise de la personne recherchée » (58). La Cour considérant qu'une interprétation contraire « serait de nature à porter atteinte à l'objectif d'accélération et de simplification de la coopération judiciaire poursuivi par la décision-cadre » (59).

En consacrant ainsi une large portée au principe de l'obligation d'exécuter les mandats d'arrêt européens, la Cour de justice ne pouvait que retenir une interprétation stricte des obstacles à la coopération judiciaire pénale intra-européenne.

2° – *L'interprétation stricte des motifs de refus d'exécution des mandats d'arrêt européens*

Parmi les dispositions sensibles de la décision-cadre du 13 juin 2002 figurent les listes de motifs de non-exécution des mandats d'arrêt européens (60). En effet, l'efficacité de la répression des situations

(56) *Ibid.*

(57) CJUE, 25 janvier 2017, *Tomas Vilkas*, aff. C-640/15, EU:C:2017:39.

(58) CJUE, 16 juillet 2015, *Minister for Justice and Equality c/ F. Lanigan*, préc., pt 41 ; CJUE, 25 janvier 2017, *Tomas Vilkas*, préc., pt 72.

(59) CJUE, 16 juillet 2015, *Minister for Justice and Equality c/ F. Lanigan*, préc., pt 40 ; CJUE, 25 janvier 2017, *Tomas Vilkas*, préc., pt 71.

(60) Art. 3, 4 et 4 *bis* de la décision-cadre. Pour une analyse exhaustive de ces listes, voy. A. Klip, *European Criminal Law. An integrative approach*, Intersentia, 3rd ed., 2016, pp. 400 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

infractionnelles impliquant plusieurs États membres suppose que le nombre d'obstacles à la coopération judiciaire soit limité. En théorie, ces listes contenues dans le droit dérivé prévoient des motifs de refus d'exécution qui garantissent une répression inter-étatique cohérente sans pour autant être fondés sur des considérations particularistes et souverainistes. La décision-cadre de 2002 marque à cet égard la rupture avec le droit international de l'entraide judiciaire. Cependant, il n'est un mystère pour personne que les États membres se sont octroyés, soit lors de l'élaboration de leur loi nationale de transposition soit au stade de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen, des marges de manœuvres importantes. Afin de rappeler les récalcitrants à leur devoir de respect du droit de l'Union, la Cour de justice a dès 2009 posé l'interprétation stricte des listes contenant les motifs de refus d'exécution des mandats d'arrêt européens (61).

La formule du considérant de principe s'inscrit aujourd'hui dans une jurisprudence constante de la Cour de justice en vertu de laquelle il découle de l'obligation d'exécuter les mandats d'arrêt européens que « l'autorité judiciaire ne peut refuser d'exécuter un tel mandat que dans les cas, exhaustivement énumérés, de non-exécution obligatoire, prévus à l'article 3 de la décision-cadre, ou de non-exécution facultative, prévus aux articles 4 et 4 *bis* de la décision-cadre. En outre, l'exécution du mandat d'arrêt européen ne saurait être subordonnée qu'à l'une des conditions limitativement prévues à l'article 5 de la décision-cadre » (62). En vertu de cette approche consacrée par la Cour, il apparaît qu'en l'absence de motif de refus listés dans les instruments de reconnaissance mutuelle, il n'existe pas de base juridique permettant de fonder un refus d'exécution des décisions pénales étrangères.

Ce faisant, la Cour de justice conforte doublement son rôle politique dans la construction de l'espace pénal européen. D'une part, elle intervient pour donner la force contraignante nécessaire aux actes de l'Union européenne dont ils semblaient dépourvus avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. D'autre part, elle confère clairement la nature d'exception à la non-exécution des décisions pénales étrangères dans l'Union européenne. Conformément à cette jurisprudence, le texte

(61) Pour une première formulation de ce principe : CJCE, 6 octobre 2009, *Dominic Wolzenburg*, aff. C-123/08, préc.

(62) CJUE, 28 juin 2012, *Melvin West*, aff. C-192/12 PPU, préc. ; CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c/ Premier Ministre*, aff. C-168/13 PPU, EU:C:2013:358 ; CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11, EU:C:2013:107 ; CJUE, 16 juillet 2015, *Minister for Justice and Equality c/ Francis Lanigan*, préc. Voy. encore très récemment, CJUE, 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, préc., pt 77.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

du 13 juin 2002 ne prévoyant pas de refus général en cas de violation des droits fondamentaux par la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen, il ne serait pas possible de faire obstacle à la reconnaissance mutuelle pour ce motif (63).

Somme toute, ce positionnement de la Cour traduit une approche sécuritaire de l'espace européen. Une ligne politique que la célèbre affaire *Melloni* ne saurait démentir. En effet, à la question de savoir s'il était possible de faire prévaloir un niveau de protection des droits fondamentaux plus élevé, garanti par la Constitution d'un État membre, sur un standard de protection établi par le droit dérivé de l'Union et garanti par la Charte (64), la Cour de justice répond par la négative. L'argument majeur mis en avant étant l'exigence d'efficacité de la procédure du mandat d'arrêt européen reposant, elle, sur la garantie d'une libre circulation des décisions de justice. En effet, la Cour explique, dans une dynamique intégrationniste, que « permettre à un État membre de se prévaloir de l'article 53 de la Charte pour subordonner la remise d'une personne condamnée par défaut à la condition, non prévue par la décision-cadre 2009/299, que la condamnation puisse être révisée dans l'État membre d'émission, afin d'éviter qu'une atteinte soit portée au droit à un procès équitable et aux droits de la défense garantis par la constitution de l'État membre d'exécution, aboutirait, en remettant en cause l'uniformité du standard de protection des droits fondamentaux défini par cette décision-cadre, à porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles que celle-ci tend à conforter et, partant, à compromettre l'effectivité de ladite décision-cadre » (65).

Malgré les évolutions jurisprudentielles récentes, la prise en compte des droits fondamentaux dans le mécanisme européen de coopération pénale doit rester, selon le juge européen, minimaliste.

(63) Pour une évolution de cette position, voy. *infra*.

(64) Précisément dans cette affaire, une des questions posées à la Cour était de savoir si, sur le fondement de l'article 53 de la Charte, un Etat membre d'exécution pouvait subordonner la remise d'une personne condamnée par défaut et visée par le mandat d'arrêt européen à la condition que la condamnation soit effectivement révisée dans l'Etat membre d'émission afin d'éviter une atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de la défense garantis par sa Constitution.

(65) CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal*, préc., pt 63.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

B. – La prise en compte minimaliste des droits fondamentaux dans le mécanisme européen de coopération pénale

L'approche sécuritaire attribuée à la Cour de justice de l'Union européenne se confirme avec la prise en compte minimaliste des droits fondamentaux qu'elle consacre dans sa jurisprudence. Si les critiques se doivent d'être raisonnables tant le juge de l'Union semble se conformer ici à l'esprit du droit dérivé européen, il est tout de même possible de souligner la pusillanimité de la Cour supranationale. Une Cour qui, ne l'oublions pas, a par ailleurs refusé l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (66). La prise en compte des droits fondamentaux dans le mécanisme européen de coopération pénale reste minimaliste dès lors qu'elle repose sur le seul cas des « circonstances exceptionnelles » (1), et une instrumentalisation accrue de la confiance mutuelle entre États membres (2).

1° – *Le cas des « circonstances exceptionnelles »*

La position de la Cour de justice de l'Union européenne quant à la protection effective des droits fondamentaux en coopération pénale repose actuellement sur deux piliers. D'abord, la Cour de justice a proclamé, déjà à plusieurs reprises, la conformité de la décision-cadre du 13 juin 2002 à la Charte des droits fondamentaux de l'Union (67). Autrement dit, en l'état du droit positif, le dispositif *quasi* inexistant de protection des droits fondamentaux dans le mécanisme du mandat d'arrêt européen serait conforme au droit primaire. Ensuite, et là se marque l'évolution dans la position de la Cour de justice depuis son Avis 2/13, la sanction effective du respect des droits fondamentaux dans la procédure du mandat d'arrêt européen s'appuie, selon la Cour, sur l'hypothèse des « circonstances exceptionnelles ». Tout en maintenant ses approches systémique et sécuritaire de l'espace pénal européen, la Cour de justice revoit en effet son positionnement initial en introduisant dans son raisonnement le cas des « circonstances exceptionnelles » comme pouvant faire obstacle à la reconnaissance mutuelle. Plus exactement, « tant le principe de la confiance mutuelle entre les États membres que le principe de reconnaissance mutuelle ont, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale étant donné qu'ils permettent la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures. Plus spécifiquement, le

(66) CJUE, Avis 2/13, 18 décembre 2014, préc.

(67) CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c/ Premier Ministre*, aff. C-168/13 PPU, préc. ; CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

principe de confiance mutuelle impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, *sauf dans des circonstances exceptionnelles*, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit » (68). Évidemment, la question a été posée sans trop de délai à la Cour, à l'occasion d'un nouveau renvoi préjudiciel en interprétation de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, de savoir ce qui relevait de ces « circonstances exceptionnelles ».

Dans l'arrêt *Aranyosi* du 5 avril 2016, la Grande chambre de la Cour de justice reprend le considérant de principe utilisé dans l'Avis de 2/13 afin de faire entrer dans les « circonstances exceptionnelles » le risque de torture et de traitements inhumains et dégradants encouru par l'individu dans l'État d'émission du mandat d'arrêt européen. En vertu de cette décision, il devient juridiquement possible de bloquer la procédure de reconnaissance mutuelle « lorsque l'autorité judiciaire de l'État membre d'exécution dispose d'éléments attestant d'un risque réel de traitement inhumain ou dégradant des personnes détenues dans l'État membre d'émission, à l'aune du standard de protection des droits fondamentaux garanti par le droit de l'Union et, en particulier, de l'article 4 de la Charte, elle est tenue d'apprécier l'existence de ce risque lorsqu'elle doit décider de la remise aux autorités de l'État membre d'émission de la personne concernée par un mandat d'arrêt européen. En effet, l'exécution d'un tel mandat ne saurait conduire à un traitement inhumain ou dégradant de cette personne » (69).

Malgré cette avancée, il est difficile de voir ici une preuve de courage ou d'audace de la part de la Cour de justice. Premièrement, le droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants est compris dans le premier cercle des droits fondamentaux : il est un « droit dit de la première génération » (70). En d'autres termes, ce droit ne supporte par principe aucune restriction ou de dérogation (71). Or, sur le respect d'autres droits fondamentaux, tel le droit au respect de la vie privée et familiale qui soulève de vraies difficultés devant les juridictions nationales pour la mise en œuvre des mandats d'arrêt européens (72), la Cour reste silencieuse. Deuxièmement, le risque pour une personne

(68) CJUE, Avis 2/13, 18 décembre 2014, préc. pt 191. Nous soulignons.

(69) CJUE, 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, préc., pt 88. Pour un premier développement de cette jurisprudence dite « Aranyosi », v. CJUE, 25 juillet 2018, *ML*, C-220/18 PPU.

(70) J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, p. 63.

(71) M. Delmas-Marty, C. Lucas de layssac, *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, 2002, p. 23.

(72) Voy. en ce sens not. l'arrêt déjà cité *supra* : Cass. Crim. 12 avril 2016, n° 16-82175.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

visée par un instrument de coopération de subir des traitements inhumains et dégradants était déjà admis comme pouvant mettre fin à une procédure transfrontière par la Cour européenne des droits de l'homme pourtant peu impliquée dans les contentieux relatifs aux procédures de coopération judiciaire en particulier celui de l'extradition (73). Enfin, et en troisième lieu, il conviendra de rappeler que la Commission européenne avait déjà dit qu'« il est clair que la décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen qui prévoit à l'article premier, paragraphe 3, que les États membres doivent respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux, notamment l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme n'impose pas la remise lorsqu'une autorité judiciaire d'exécution considère, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, qu'une telle remise entraînerait une violation des droits fondamentaux de la personne recherchée, en raison de conditions de détention inacceptables » (74). Sans doute, un positionnement plus engagé de la Cour en matière de protection des droits fondamentaux reviendrait à remettre en cause le recours systématique qu'elle opère au principe de confiance mutuelle.

2° – *Mise en cause de la pertinence du recours systématique à la confiance mutuelle*

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice relative au mandat d'arrêt européen conduit à s'interroger sur une utilisation excessive de la confiance mutuelle. Certes, il apparaît clairement que la Cour de justice se fait la garante de la logique d'intégration qu'elle a contribué à créer dans le domaine pénal, et dont la clé-de-voûte est le principe de confiance mutuelle (75). Mais ce principe structurel établi afin de donner sa légitimité au mécanisme de coopération semble justifier par ailleurs de nombreux silences de la Cour de justice. En effet, la Cour aurait tendance à ne pas répondre aux questions de droit pénal susceptibles d'entamer le statut du principe de confiance mutuelle dans l'ELSJ. Ainsi, le juge européen ne s'est toujours pas positionné sur la problématique sensible de la proportionnalité des actes européens de coopération pénale.

(73) CEDH, *Soering*, 7 juillet 1989, req. 14038/88.

(74) Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre, depuis 2007, de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, 11 avril 2011, COM(2011) 175 final.

(75) Voy. *supra*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Pourtant, la proportionnalité de l'émission et de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen par rapport à l'atteinte aux libertés individuelles portée par cet acte de répression est une véritable pierre d'achoppement pour les juridictions nationales. Les regards se sont alors tournés vers la Cour de justice qui en 2013 a eu l'opportunité de se prononcer sur l'interprétation du principe de proportionnalité en coopération pénale sur le fondement de l'article 49 § 3 de la Charte (76). Malgré les conclusions de l'avocat général dans cette affaire (77), la Grande chambre ne répondra pas à la question pourtant cruciale de savoir si « l'ingérence de l'État d'exécution d'un mandat d'arrêt européen dans l'exercice du droit à la liberté individuelle de la personne visée doit remplir les conditions de nécessité dans une société démocratique et de proportionnalité avec le but poursuivi » (78). Une discrétion inquiétante qui participe à l'approche sécuritaire imputée à la Cour de justice. En toutes hypothèses, la concomitance entre le recours systématique à la confiance mutuelle et le silence du juge de l'Union sur certaines problématiques liées à la protection des droits fondamentaux revient à instrumentaliser politiquement la confiance mutuelle (79) au point de fragiliser le principe lui-même d'une part et, tout le système dont il est la clé de voûte d'autre part. Empli d'espérance, on peut douter de la rigidité de cette jurisprudence qui ne serait que de façade à charge pour la Cour de justice de travailler la solidité du principe de confiance mutuelle.

Précisément, dans des arrêts *post*-Lisbonne de la Cour de justice, apparaît en creux une volonté de la juridiction supranationale de renforcer la substance du principe de confiance mutuelle. À compter de 2013, elle choisit de progressivement de consacrer la place centrale de l'Autorité judiciaire dans le mécanisme de reconnaissance mutuelle des décisions pénales. Ce qui figure au considérant 8 du préambule de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen en vertu duquel « les décisions relatives à l'exécution du mandat d'arrêt européen doivent faire l'objet de contrôles suffisants, ce qui implique qu'une autorité judiciaire de l'État membre où la personne recherchée a été arrêtée devra prendre la décision de remise de cette dernière », est alors systématisé

(76) L'article 49-3 de la Charte prévoit que « L'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction ».

(77) Conclusions, Avocat général E. Sharpston, 12 octobre 2012, aff. C-396/11, EU:C:2013:39.

(78) CJUE, 29 janvier 2013, *Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Constanța c/ Ciprian Vasile Radu*, aff. C-396/11, préc.

(79) Sur l'instrumentalisation politique de la confiance mutuelle au sens large, voy. H. Labayle, « Faut-il avoir confiance dans la confiance mutuelle ? », in *Liber Amicorum A. TIZZANO*, Bruxelles, Bruylant, à paraître, 2018.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

par la Cour de justice. Dans l'arrêt *Jeremy F* du 30 mai 2013 (80), la Cour fait le lien entre l'intervention de l'autorité judiciaire nationale à tous les stades de la procédure du mandat d'arrêt européen et la conformité de l'instrument à la Charte des droits fondamentaux (81). Dans l'arrêt *Poltorak* du 10 novembre 2016 portant sur la notion autonome d'autorité judiciaire (82), la Cour pose la règle en vertu de laquelle « le principe de reconnaissance mutuelle, consacré à l'article 1er, paragraphe 2, de la décision-cadre, en vertu duquel l'autorité judiciaire d'exécution est tenue d'exécuter le mandat d'arrêt émis par l'autorité judiciaire d'émission, repose sur la prémisse selon laquelle une autorité judiciaire est intervenue en amont de l'exécution du mandat d'arrêt européen, aux fins d'exercer un contrôle judiciaire » (83). Le statut du principe de confiance mutuelle dans l'espace pénal européen est en ce sens renforcé par des éléments techniques. Incontestablement, il s'agit pour la Cour de justice de s'engager dans une nouvelle étape du chantier de l'espace pénal européen attestant, encore une fois, de la prégnance de son rôle politique dans ce domaine.

(80) CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c/ Premier Ministre*, aff. C-168/13 PPU, préc.

(81) *Ibid.*, pts 46 et 47.

(82) CJUE, 10 novembre 2016, *Krzysztof Marek Poltorak*, aff. C-452/16 PPU. Voy. *supra*.

(83) *Ibid.*, pt 44. La Cour exige que « toute la procédure de remise entre Etats membres soit exercée sous contrôle judiciaire ». Voy. CJUE, *Ruslanas Kovalkovas*, 10 novembre 2016, C-477/16 PPU, pts 37 et 43.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 14 - L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 15.

LE CONTRÔLE DES MESURES RESTRICTIVES

Coralie Mayeur-Carpentier

Maître de conférences, Université de Franche-Comté, CRJFC

« Que les mesures en cause soient destinées à éradiquer le terrorisme international ne doit pas empêcher la Cour de remplir son obligation de préserver la prééminence du droit » (1). Pour l'affirmer, l'avocat général rappelle ainsi les mots prononcés par un ancien président de la Cour suprême de l'État d'Israël : « C'est lorsque les canons grondent que nous avons particulièrement besoin du droit […]. Toute lutte menée par l'État – que ce soit contre le terrorisme ou contre un autre ennemi – doit être conduite selon les règles et en application du droit. Il existe toujours une législation à laquelle l'État doit se conformer. Il n'existe aucun 'trou noir' » (2). La Cour de justice tente de répondre précisément à cette attente en comblant les lacunes du traité. Elle y répond exactement en exerçant un contrôle de plus en plus étendu sur les actes adoptés dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Son contrôle, indirect dans un premier temps, s'est élargi dans un deuxième temps et la Cour a ainsi véritablement affirmé son rôle dans ce cadre. Elle prend alors une position politique en faveur de la garantie des droits fondamentaux dans une matière qui échappait initialement à sa compétence. Une fois ouvert, le contentieux des mesures restrictives s'est d'ailleurs considérablement développé. Les mesures concernées sont des sanctions adoptées dans le cadre de l'engagement contre le terrorisme ; ainsi elles concernent aussi bien la politique étrangère de sécurité commune (PESC) que l'espace de liberté, sécurité, justice (ELSJ) en raison de leur double objectif : contribuer à la sécurité des territoires par l'éradication du terrorisme et sanctionner pénalement les auteurs de tels comportements. Les premières mesures restrictives sont alors fondées sur une double base juridique afin de tenir compte de ces objectifs.

(1) Conclusions de l'avocat général P. Maduro, pt 45, affaire *Kadi*, aff. C-402/05 P, *Rec.* p. I-6351.

(2) *Ibid.*, voy. note 49 et la référence.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Les actes définissant le terrorisme et ceux qui sont adoptés pour empêcher leur réalisation donnent un exemple de la situation complexe à laquelle conduit le traité. À ce sujet, le professeur Gautier indiquait : « le champ de la lutte contre le terrorisme offre de formidables perspectives kaléidoscopiques pour démontrer si besoin en était, le caractère vain et susceptible de confiner à l'absurdité, d'une architecture peut-être trop complexe pour être immédiatement opérationnelle » (3). L'acte de terrorisme avait été d'abord défini par des actes de la PESC (4) et notamment par une position commune adoptée en 2001 et mise en œuvre par une décision JAI de décembre 2002 (5). Celle-ci précise cependant déjà que rien ne peut « être interprété comme permettant de méconnaître la protection juridique accordée conformément au droit national aux personnes, aux groupes et entités qui figurent en annexe à la position commune 2001/931/PESC » (6). Le Conseil s'engage alors à prendre toutes les mesures nécessaires à cette lutte contre le terrorisme. Pour les appliquer, les États membres, notamment sur le fondement de la coopération policière, doivent apporter l'assistance mutuelle et la coopération judiciaire pour réaliser ces actions. Ainsi, la protection juridique accordée aux ressortissants de l'Union relève aussi du droit national de chaque État membre. Celui qui est poursuivi pour des activités ou des actes de terrorisme continue d'être dans une situation particulière. L'acte qui le concerne relève aussi bien du droit international, que du droit de l'Union européenne et il est nécessairement exécuté par le droit interne.

Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, ces actes fondés sur le titre V du traité sur l'Union européenne ne pouvaient pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel sur le fondement du traité (7). Depuis l'entrée en vigueur de ce traité, la compétence de la Cour de justice est désormais prévue pour contrôler les mesures restrictives à l'encontre des personnes. L'insertion de l'article 275 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) n'a cependant pas conduit la Cour à modifier véritablement l'orientation de son contrôle des mesures

(3) Voy. Y. Gautier, commentaire n° 92, *Europe*, mars 2003, p. 12.

(4) Positions communes 2001/930/PESC relative à la lutte contre le terrorisme et 2001/931/PESC relatives à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, adoptées le 27 décembre 2001, *JOUE* n° L 344, 28 décembre 2001, p. 90.

(5) Décision 2003/48/JAI du Conseil du 19 décembre 2002 relative à l'application de mesures spécifiques de coopération policière et judiciaire en matière de lutte contre le terrorisme, conformément à l'article 4 de la position commune 2001/931/PESC, *JOUE* n° L 16, 22 janvier 2003, p. 68.

(6) Considérant 8, présenté par Y. Gautier, préc., commentaire n° 92, *Europe*, 2004.

(7) L'article 35 TUE excluait la compétence de la Cour de justice.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

restrictives. Il est néanmoins plus précis à l'encontre de l'acte car désormais les requérants agissent directement contre la mesure individuelle alors qu'auparavant seul le mécanisme de l'exception d'illégalité en se fondant sur le règlement de base imposé par l'article 301 du traité sur l'Union européenne (TUE) rendait son contrôle possible. Le contentieux des mesures restrictives se développe ainsi à partir du début des années 2000 (8), il se renforce en 2009 grâce au traité de Lisbonne et il acquiert depuis quelques années un caractère répétitif qui permet sûrement de l'identifier comme faisant partie des contentieux devenus classiques pour le juge de l'Union. Les requérants invoquent le défaut de motivation, la violation de la base juridique et la violation des droits fondamentaux. Les moyens d'annulation portent le plus souvent sur l'atteinte portée de façon disproportionnée au droit de propriété ou sur la violation de leurs droits procéduraux et en particulier sur la violation du droit d'être entendu ou sur l'absence d'application du principe du contradictoire. L'examen des différents moyens soulevés par les requérants a permis à la Cour de justice de prendre une position en faveur d'une protection juridictionnelle effective.

En exerçant un contrôle direct de la mesure de gel des fonds ou de gel des avoirs, la Cour affirme en effet sa jurisprudence dans le respect des droits fondamentaux. Cette position lui permet d'exercer un contrôle plutôt que de s'en remettre à l'immunité juridictionnelle, caractéristique de l'acte de gouvernement en droit interne qui correspond pour une part en droit de l'Union européenne à la qualification de l'acte de la PESC. Grâce à cela, paradoxalement, ce contrôle dans le cadre de la PESC et de l'ELSJ est alors une manifestation de l'Union de droit. La Cour l'avait déjà exigé avant 2009 (9). Elle affirmait ainsi : « La question de la compétence de la Cour se pose en effet dans le cadre de l'ordre juridique interne et autonome de la Communauté, dont relève le règlement litigieux, et dans lequel la Cour est compétente pour contrôler la validité des actes communautaires au regard des droits fondamentaux ». Désormais elle en renforce les garanties pour les requérants.

Même dans ce contexte de lutte contre le terrorisme, son rôle est de contribuer à la garantie de l'équivalence des droits dans les ordres internationaux, de l'Union européenne et internes. En agissant de cette manière, la Cour de justice saisit l'occasion qui lui est donnée de rappeler

(8) En considérant que le premier litige est celui de l'affaire *Invest* : Trib. UE, 2 août 2000, *Invest Import und Export Gmbh et Invest Commerce*, aff. T-189/00, *Rec.* p. II-2993.

(9) CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. C-402/05 P, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

son rôle institutionnel et politique. La matière aurait pu la conduire à limiter son examen mais elle a été, bien au contraire, un support pour étendre son contrôle et affirmer les garanties des droits fondamentaux comme standard de l'ordre juridique de l'Union. La position de la Cour de justice correspond à celle qui était la sienne au début des années 70, afin de répondre aux menaces qui pesaient alors sur la primauté du droit communautaire. Son exigence à ce sujet influençait l'ensemble des États et des institutions. C'est à nouveau le cas s'agissant de l'adoption des mesures restrictives. Le traité sera modifié pour en tenir compte et la procédure applicable à l'égard de ceux qui voient leur nom inscrit sur une liste en tant que terroriste le sera également.

Dans le cadre des Nations unies, la procédure devant le Comité des sanctions a fait l'objet de modifications, probablement en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice (10) car les motifs de l'inscription d'un nom dans une liste peuvent être désormais consultés et une demande de radiation peut être déposée par les personnes concernées. La jurisprudence de la Cour soulignait notamment les lacunes en matière d'application du principe du contradictoire. La procédure est désormais plus respectueuse de la situation des personnes mises en cause tout en gardant son objectif d'efficacité. La procédure de radiation de l'inscription de son nom sur l'une des listes adoptées par le Comité des sanctions des Nations Unies a aussi été soumise au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg a pu alors condamner en particulier les violations des articles 8 et 13 de la Convention (11).

La lutte contre le terrorisme est caractéristique de cette tension entre obligations internationales et celles dictées par l'Union européenne aussi bien pour les États qui en font application que pour les juridictions nationales et européennes qui sont les véritables garantes de la protection des droits et libertés. En plus de cette difficulté, le juge de l'Union doit surmonter les exigences et les incohérences du traité au sujet de la répartition des matières et de la limitation du contrôle juridictionnel. La Cour de justice a réussi partiellement à tourner la difficulté car son contrôle existe, même s'il peut être limité, dans le cadre de la politique étrangère de sécurité commune, elle a réussi surtout à le renforcer en appliquant les règles contentieuses habituelles (I) et elle a

(10) Voy. G. Le Floch, « L'influence des jurisprudences Kadi sur le régime des sanctions instaurés par la résolution 1267 », in E. Saulnier-Cassia (dir.), *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2014, p. 301.

(11) Voy. notamment CEDH, 12 septembre 2012, *Nada c/ Suisse*, req. n° 10593/08.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

justifié son extension par l'instrumentalisation des droits fondamentaux dans ce cadre (II).

I. – Le renforcement du contrôle par les instruments contentieux traditionnels

En s'imposant comme un acteur de la lutte contre le terrorisme, l'Union européenne l'inscrit comme une action de l'Union européenne au même titre que d'autres. Toutefois, la particularité de ce domaine est de porter sur des aspects qui concernent la matière pénale dans un cadre interne et externe car la politique menée énonce que la sécurité du territoire ne peut être assurée qu'en associant ces deux volets. La Cour de justice soumet ainsi la lutte contre le terrorisme au respect des règles générales du traité. Les actes relevant de la lutte contre le terrorisme et notamment les mesures restrictives adoptées sur son fondement sont des actes des institutions et font l'objet d'un contrôle à ce titre (A) cependant la Cour ne rattache pas la matière à la coopération pénale mais affirme qu'elle relève de la politique étrangère de sécurité commune, ce qui en limite le contrôle juridictionnel (B).

A. – L'existence du contrôle en dépit de la spécificité des actes en matière de lutte contre le terrorisme

La particularité des mesures adoptées tient essentiellement à leur fondement international, qui a des conséquences sur le régime qui leur est applicable. En outre, l'objectif répressif des mesures adoptées est également un élément de leur identification. La Cour de justice les rattache ainsi au traité car elles sont des actes des institutions et sont à ce titre soumises aux règles générales et principes généraux du traité.

1° – *Le particularisme des mesures destinées à lutter contre le terrorisme*

Parce qu'elles sont fondées sur des actes imposés par le Conseil de sécurité des Nations Unies, les mesures restrictives ont une nature originellement internationale. Les autres textes destinés à la lutte contre le terrorisme qui reposent sur l'engagement de l'Union européenne s'inspirent des déclarations et des textes des organismes internationaux et leur nature internationale repose sur leur application. Les actes adoptés sont destinés à réglementer la circulation des auteurs d'actes

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'infractions terroristes et à prévenir la survenue de ces actes. C'est pourquoi l'objectif répressif est également un élément caractéristique des actes adoptés. Pour lutter contre le terrorisme, les actes adoptés sont des accords externes d'une part et des actes de l'Union européenne d'autre part.

a. – *La conclusion d'accords externes avec des États tiers, l'exemple de l'accord sur les données des passagers aériens*

L'Union européenne a conclu avec des États tiers des accords externes afin de contribuer ensemble à la mise en place et à l'application de règles communes pour lutter pour le terrorisme international. L'accord sur l'enregistrement des noms des passagers aériens, le *Passenger name record* dit PNR, est l'un d'entre eux. Il traduit l'ensemble des incohérences de la matière et a montré les effets pervers du contrôle de la Cour de justice.

En effet, le Parlement a saisi la Cour pour avis et a formé un recours en annulation contre cet accord destiné à prévoir les règles applicables au transfert des données des passagers aériens. La conclusion de l'accord était envisagée à la demande des États-Unis de façon à permettre aux services répressifs américains d'utiliser les données relatives aux passagers des avions. La négociation de l'accord avait été autorisée par le Conseil et la Commission présentait un projet en mars 2004. La consultation du Parlement le conduit à s'opposer, par un avis simple (12), à la signature de l'accord envisagé. Cette consultation du Parlement était obligatoire mais non contraignante aussi l'accord a été signé malgré sa désapprobation. Dans son avis consultatif, le Parlement dénonce en particulier sa non-conformité aux articles 6 TUE et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Il se réfère ainsi à l'engagement des États au sujet du respect des droits fondamentaux inscrits dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne d'une part et d'autre part dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Le renvoi à l'article 8 de la Convention souligne les risques, en signant cet accord, d'atteinte à la vie privée et les dérives du traitement et de l'utilisation des données de passagers aériens.

(12) Avis du 6 avril 2004, COM(2004) 190 final – C5-0162/2004 – 2004/0064(CNS).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le Conseil, impatient, a néanmoins conclu l'accord (13), sans tenir compte de l'avis du Parlement et sans attendre celui de la Cour de justice (14). Ce dernier, l'avis 1/04, n'a pas été rendu (15) car l'affaire a été radiée (16) en raison du désistement du Parlement. La consultation de la Cour portait sur deux questions, celle de la base juridique d'une part et celle de la compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme, d'autre part. Les moyens seront repris par le Parlement pour fonder le recours en annulation de l'acte de conclusion de l'accord. La Cour de justice s'est réunie en grande chambre pour trancher le litige (17). Elle énonce que les actes relèvent de la sécurité publique et portent sur les domaines du droit pénal. À la date du recours, les institutions communautaires n'avaient pas de compétence pour conclure un accord externe communautaire dans ces matières (18). L'accord ne pouvait alors être fondé que sur l'article 24 TUE car il prévoit la compétence de l'Union européenne dans la cadre de la PESC pour conclure des accords externes. Partant, l'accord relève donc de la coopération intergouvernementale et sûrement de la PESC, même si la base juridique choisie peut concerner aussi des éléments relevant de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. La Cour fonde son raisonnement sur l'objectif principal poursuivi par l'accord (19). Il est destiné à lutter contre le terrorisme mais dans le respect des droits fondamentaux.

Même si le Parlement dans un premier temps aura seulement gagné à être tout à fait exclu (20) de la procédure finalement retenue par la Cour de justice, son action sera un réel vecteur de changement en faveur des droits des individus (21). Les demandes du Parlement seront d'ailleurs suivies lors des négociations d'un autre accord PNR, avec l'Australie cette fois, alors que les modifications du nouvel

(13) Décision de conclusion de l'accord PNR, 2004/496/CE, du 17 mai 2004, *JOUE* n° L 183/83, 20 mai 2004.

(14) Le Parlement avait saisi la Cour d'une demande d'avis en espérant ainsi que la conclusion n'ait pas lieu après son avis défavorable. Il se fondait sur l'article 300, § 6, TCE, repris dans le TFUE à l'article 218, § 11.

(15) Voy. S. Adam, « Quelques réflexions sur les relations entre les procédures *a priori* et *a posteriori* d'examen de compatibilité des accords communautaires suite à l'affaire dite de l'accord PNR », *CDE*, 2006, n°s 5-6, p. 663.

(16) CJCE, Ord., 16 décembre 2004, citée par S. Adam, préc., p. 667.

(17) CJCE, 30 mai 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-318/04, *Rec.* p. I-2467.

(18) La Cour n'indique pas formellement qu'il s'agit d'un empiètement de compétences, elle exerce un contrôle fondé sur l'adéquation de la base juridique retenue.

(19) Voy. V. Michel, « La dimension externe de la protection des données à caractère personnel, acquiescement, perplexité et frustration », note sous l'arrêt du 30 mai 2006, *RTDE*, 2006, p. 552.

(20) L'expression est celle de V. Michel dans sa note précitée.

(21) Voy. H. Flavier, « Parlement européen et relations extérieures : une révolution démocratique en marche ? », *RTDE*, 2016, pp. 293-317.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

accord avec les États-Unis seront très décevantes (22). Enfin, un autre projet sur le PNR, envisagé avec le Canada a été l'objet d'un contrôle préalable de la Cour de justice ; cet accord a permis au Parlement de faire connaitre l'ensemble de ses inquiétudes. Dans de longues conclusions, l'avocat général montre la difficulté à utiliser, pour lutter contre le terrorisme, les données des passagers que les compagnies aériennes ont réunies dans un cadre commercial. Le consentement des passagers, qui était alors accordé, a un autre effet lorsqu'il est requis pour lutter contre le terrorisme car il donne « la fâcheuse impression que tous les voyageurs concernés sont transformés en suspects potentiels » (23). L'affaire montre encore le fragile équilibre entre l'objectif sécuritaire et la protection des droits. En reprenant les moyens soulevés par le Parlement, l'avocat général considère notamment que l'accord devrait être adopté selon une double base juridique, la coopération policière et la lutte contre la criminalité associée à la protection des données personnelles. Bien que faisant partie de la lutte contre le terrorisme, l'accord ne relève pas de la sécurité extérieure. Dans son avis (24), la Cour indique que l'accord devrait en effet se fonder sur les articles 16 et 87 TFUE et elle déclare la non-conformité de l'accord avec plusieurs dispositions de la Charte.

Sans reprendre l'ensemble des arguments soulevés par le Parlement, la Cour prend une position qui permet à l'Union européenne de s'opposer à la demande de l'Amérique du Nord. En soulignant ces incompatibilités, elle rappelle que la relation de l'Union européenne avec les États tiers repose sur une égalité et une confiance diplomatique. La Cour de justice traduit ainsi que le doute dans ces domaines n'est pas acceptable et cela doit conduire, le cas échéant, à remettre en question la conclusion d'un accord dont la signature est envisagée. La Cour de justice agit ainsi véritablement comme une institution qui s'oppose au Conseil.

(22) Au sujet des différents accords sur le PNR et du dernier accord conclu avec les États-Unis, voy. en particulier, M.-Fr. Labbouz, « Le nouvel accord sur les données de passagers aériens (PNR) entre l'Union européenne et les États-Unis », in E. Saulnier-Cassia (dir.), *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2014, p. 269.

(23) Conclusions de l'avocat général P. Mengozzi prononcées le 8 septembre 2016, au point 176, voy. également la note 68 et la référence au contexte particulier dans ce cadre.

(24) CJUE, 26 juillet 2017, Avis 1/15, EU:C:2017:656.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

b. – *Les actes adoptés par les institutions de l'Union pour garantir l'effectivité de la lutte engagée*

À côté des accords externes conclus en matière de lutte contre le terrorisme, les institutions de l'Union européenne adoptent des règlements dont l'objet est essentiellement l'adoption des mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes. Les plus connues intégrées en droit de l'Union sont celles qui concernent les talibans (25). Le règlement qui les reproduit en annexe a été adopté en 2002, il reprend la résolution 1390 adoptée en réponse aux résolutions antérieures du Conseil de sécurité des Nations unies de 1999 puis de 2000. L'acte adopté en janvier 2002 prévoit le gel des fonds et des ressources financières des taliban d'Afghanistan et prévoit de suspendre les exportations et services. Pour mettre en œuvre ces décisions internationales arrêtées le Conseil de sécurité, il a été décidé d'adopter un acte communautaire de façon à garantir l'application uniforme des sanctions dans les États membres (26).

L'acte est ainsi un acte d'exécution, il ne se fonde donc sur aucune marge d'appréciation des institutions communautaires pour l'adopter. Cela n'empêchera pas la Cour de justice de développer une jurisprudence qui permet une appréciation au sujet des conséquences de l'inscription du nom dans l'une de ces listes sur le statut de réfugié (27). La Cour a énoncé que cette inscription ne doit pas nécessairement conduire l'État à retirer le statut de réfugié qui a été reconnu à l'individu.

Au-delà de la nature de l'acte, destiné à intégrer en droit de l'Union la résolution du Conseil de sécurité et qui est de ce point de vue, un acte transparent, qui ne peut pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel (28), la Cour va néanmoins rappeler la soumission à l'ensemble des règles générales du traité, y compris les principes généraux du droit et être particulièrement vigilante au sujet de leur respect lors de la mise en œuvre des mesures restrictives. En prenant cette position, la Cour

(25) Règlement n° 881/2002/CE du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama Ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban, *JOUE* n° L 139, 29 mai 2002, p. 9.

(26) Voy. point 4 du règlement précité : « Comme ces mesures sont couvertes par le traité et pour éviter notamment une distorsion de concurrence, il y a lieu d'arrêter une législation communautaire afin de mettre en œuvre, sur le territoire de la Communauté, les décisions pertinentes du Conseil de sécurité ».

(27) CJUE, 9 novembre 2010, *B et D.*, aff. C-57/09 et 101/09, *Rec.* p. I-10979. Voy. en particulier, le point 88.

(28) TPICE, 21 septembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf*, aff. T-306/01, *Rec.* p. II-3533. Voy. J. P. Jacqué, « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *RTDE* 2009, pp. 161-179.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

rappelle que dans l'Union européenne l'ensemble des actes est soumis à son contrôle, il y de sa part, une volonté de montrer comment elle contribue, en tant qu'institution, à la garantie des droits dans l'ensemble des domaines d'activités de l'Union. La Cour de justice prend ainsi une position politique forte qui contraint les instituions au respect des garanties procédurales et principes généraux du droit, quelle que soit l'activité menée. Cette égalité des exigences quelle que soient les disciplines en cause caractérise la volonté de la Cour de justice d'affirmer l'identité de l'Union comme étant une Union de droit. Cette exigence guidera son contrôle, même lorsqu'il est restreint.

2° – *Les instruments exploités par la Cour pour soumettre les actes PESC aux règles générales du traité*

Dans ses premiers arrêts en matière de mesures restrictives, la Cour de justice justifie son contrôle par l'examen du respect des principes fondamentaux.

a. – *Les principes généraux du droit*

L'exigence de la Cour de justice pour garantir le respect des droits fondamentaux, lui a permis dans les années 60 de garantir la primauté du droit communautaire en répondant ainsi aux craintes exprimées par les juridictions italiennes et allemandes en particulier. Presque cinquante ans plus tard, la position de la Cour de justice est équivalente, elle prend appui sur l'exigence de garantie des droits fondamentaux pour renforcer l'effectivité des droits.

Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la référence aux principes généraux du droit est la seule qui lui offre la possibilité d'étendre son contrôle. Elle reconnait néanmoins dans un premier temps qu'il est extrêmement limité. Lorsque le tribunal affirme d'abord au sujet « de l'absence de recours effectif invoqué par les requérants (…), que ces derniers ne disposent probablement d'aucun recours juridictionnel effectif, que ce soit devant les juridictions communautaires ou devant les juridictions nationales à l'encontre de l'inscription de Ségi sur la liste des personnes, groupes ou entités impliqués dans des actes de terrorisme » (29), la Cour rejette pourtant le pourvoi formé par l'organisation basque qui contestait l'ordonnance du tribunal. Malgré le rejet du recours, la Cour affirme que les requérants ne peuvent pas soutenir qu'ils sont

(29) TPICE, 7 juin 2004, *Ségi*, *Araitz Zubimendi Izaga*, *Aritza Galarraga*, aff. T-338/02, *Rec.* p. II-1647, pt 38.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

privés de toute protection juridictionnelle car « l'Union est fondée sur le principe de l'État de droit et respecte les droits fondamentaux » (30). La Cour précise ensuite que la position commune dont les effets iraient au-delà de la portée qui lui est assignée par le traité pourrait alors faire l'objet d'un contrôle juridictionnel (31).

En entrant en vigueur, le traité de Lisbonne a codifié cet aspect de la jurisprudence de la Cour en ajoutant un article 275 dans le TFUE. L'alinéa 2 de l'article dispose en effet que la Cour est compétente pour contrôler la légalité des mesures restrictives adoptées par le Conseil à l'encontre de personnes physiques ou morales. L'article n'opère qu'une codification partielle en limitant la compétence juridictionnelle au contrôle de légalité des mesures restrictives. La position de la Cour de justice avait pourtant permis d'espérer une insertion dans le traité d'un article prévoyant un contrôle juridictionnel de légalité ou indemnitaire chaque fois que l'acte adopté sur le fondement du titre V TUE produit des effets pour les individus ou conduit à l'adoption de mesures d'exécution destinés à produire des effets pour les particuliers.

La déception que l'article a pu susciter pouvait être surmontée en rappelant l'exigence de respect des droits fondamentaux d'une part et en limitant d'autre part l'usage des bases juridiques de la politique étrangère de sécurité commune. La Cour aurait alors obtenu sans effort une extension de sa compétence en rattachant certains actes à l'espace de liberté, sécurité, justice dans sa dimension externe. La lutte contre le terrorisme lui aurait permis de le faire. La Cour qualifiera cependant la lutte contre le terrorisme comme étant une action de l'Union dans le cadre de la politique étrangère de sécurité commune. Cet ancrage n'exclut pas le contrôle de la Cour sur les mesures restrictives mais il le limite à ces mesures.

b. – *L'application des conditions de recevabilité du recours en annulation à l'égard des mesures restrictives*

La majorité du contentieux de la lutte contre le terrorisme concerne donc les recours en annulation des mesures restrictives adoptées contre les requérants. Les États membres ont mis en œuvre les dispositions des positions communes concernées sur le fondement desquelles un règlement communautaire a été adopté pour leur exécution.

(30) CJCE, 27 février 2007, *Ségi*, *Araitz Zubimendi Izaga*, *Aritza Galarraga*, aff. C-355/04 P, *Rec.* p. I-1657, pt 51.

(31) *Ibid.*, pt 54.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le règlement communautaire est fondé sur la position commune relevant de la PESC, si la première est exécutoire, la deuxième ne l'est pas. Ces premières affaires ont montré que la décision de la PESC n'est opérationnelle en elle-même, c'est l'acte des institutions communautaires qui l'est et lui seul peut être contesté du point de vue du traité.

Au regard des conditions de recevabilité exigées pour former un recours en annulation, la mesure restrictive ainsi adoptée est une décision au sens de l'article 263, alinéa 3, TFUE. Les personnes dont les noms sont inscrits sur les listes associées au règlement sont alors destinataires de la décision qui a inscrit leurs noms parmi ceux qui doivent faire l'objet d'une sanction de gel des fonds ou de ses avoirs. Si le requérant est le destinataire de la mesure restrictive, son recours sera sûrement recevable ; en revanche, s'il n'est pas le destinataire de la mesure mais qu'il en est affecté, il lui sera plus difficile d'avoir accès au juge de l'Union. En effet, il ne remplira pas les conditions de recevabilité car il ne pourra pas démontrer qu'il est directement et individuellement affecté par l'acte. N'étant pas destinataire d'une mesure individuelle fondée sur le règlement et lui étant notifiée, il pourrait alors espérer former un recours directement contre le règlement. Mais son recours sera irrecevable, à double titre : si le règlement est bien un acte de portée générale, il est législatif et les mesures restrictives en sont les mesures d'exécution. Le traité et l'interprétation de la Cour de justice au sujet des conditions de recevabilité du recours en annulation (32) empêcheront l'examen direct de l'acte.

Le contrôle juridictionnel des actes individuels mettant en œuvre la politique de lutte contre le terrorisme est donc limité aux recours formés par les destinataires des mesures restrictives afin d'en obtenir l'annulation. Le recours indemnitaire, quant à lui, ne sera ouvert qu'à condition que l'illégalité de l'acte ait été reconnue. La Cour de justice n'ayant toujours pas admis la réparation fondée sur le seul préjudice et le lien de causalité, le requérant victime de l'application des mesures en cause n'obtiendra pas réparation en dehors de la faute (33). Dans l'hypothèse d'un créancier d'une personne physique ou morale désignée

(32) CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, aff. C-583/11 P, EU:C:2013:625.

(33) CJCE, 9 septembre 2008, *FIAMM*, aff. C-120/06 P ; voy. L. Coutron, « Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt *FIAMM* », *RFDA*, 2009, pp. 329-342 ; au sujet de la déception de l'absence de reconnaissance d'une responsabilité sans faute dans le cadre de l'application des actes de la PESC, voy. les développements de notre thèse C. Mayeur-Carpentier, *Le contrôle juridictionnel des actes de l'Union européenne dans le cadre du deuxième et du troisième pilier*, dactyl. Paris-Descartes, 2007, pp. 176 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

par la mesure de gel des fonds, il ne sera pas payé de la somme attendue dans les délais et ne pourra pas être indemnisé du préjudice subi par l'application de la mesure.

Les règles contentieuses n'offrent donc pas un contrôle juridictionnel satisfaisant des mesures restrictives adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Le rattachement à la PESC contribue et consolide cette situation peu souhaitable.

B. – Le rattachement décevant de la lutte contre le terrorisme à la politique étrangère de sécurité commune

La Cour de justice n'a pas saisi l'occasion qui lui était donnée de rattacher la lutte contre le terrorisme à l'espace de liberté sécurité justice (ELSJ). L'enchevêtrement des matières le lui aurait pourtant permis. Mais le traité affirme que la sécurité externe relève nécessairement de la PESC. La Cour de justice reste soumise au traité malgré sa volonté politique d'affirmer et étendre son contrôle.

1° – *L'éternel enchevêtrement des bases juridiques préjudiciable à la cohérence des actions*

En donnant une interprétation extensive des articles concernés et en faisant application de sa jurisprudence classique en matière de compétence implicite, la Cour pouvait qualifier la lutte contre le terrorisme comme étant une compétence relevant de la dimension extérieure de l'ELSJ (34). Cependant l'enchevêtrement des domaines l'a conduit à retenir la base juridique de la PESC sans rechercher à se fonder sur une dimension extérieure de l'ELSJ.

Les conditions pour reconnaitre une compétence externe implicite pouvaient être recherchées et affirmées. En reprenant la jurisprudence *AETR* (35), la Cour aurait pu fonder la compétence en matière de lutte contre le terrorisme sur l'article 75 TFUE dans sa dimension externe. Elle a pourtant décidé, en grande chambre (36), de rattacher la lutte contre le terrorisme à la PESC. L'avocat général (37) avait

(34) L'article 79-3 TFUE, relatif aux accords de réadmission est la seule manifestation d'une dimension externe de l'espace de liberté, sécurité, justice.

(35) CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil – Accord européen sur les transports routiers*, aff. 22/70, *Rec.* p. 263.

(36) CJUE (gde ch.), 19 juillet 2012, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-130/10, EU:C:2012:472.

(37) Conclusions présentées le 31 janvier 2012, par Y. Bot.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

cependant énoncé dans ses conclusions que les articles 75 et 215 TFUE pouvaient être considérés comme étant complémentaires de sorte que la base juridique de l'article 215 ne vidait pas de son contenu l'article 75. Il précisait d'ailleurs : « En effet, à nos yeux, ce dernier article constitue la base juridique appropriée pour l'adoption par l'Union, de manière autonome et indépendamment de toute démarche relevant du domaine de la PESC, de mesures de gel des fonds et de ressources économiques à l'encontre de personnes et d'entités non étatiques menant des activités terroristes ou connexes » (38). Dans son arrêt, la Cour de justice a suivi son avocat général en rejetant le recours formé par le Parlement, cependant, elle n'a pas repris son affirmation au sujet de l'article 75 du traité. La Cour estime que l'article 215 est la base juridique appropriée pour adopter les actes sur les mesures restrictives à l'égard des personnes dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

En raison d'un régime différent sur le fondement de l'un et l'autre article, il n'était pas possible de prévoir une double base juridique. L'article 75 du traité prévoit en effet l'intervention du Parlement alors qu'il est écarté lorsque l'article 215 est applicable. Dans le cadre de la PESC, le Parlement est absent en raison de la nature des actions menées.

Rattacher la lutte contre le terrorisme au domaine de la PESC est ainsi un rappel de l'ancrage international des actions menées. Les mesures restrictives en sont la manifestation la plus remarquable. Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la base juridique pour l'adoption de ces actes était constituée de plusieurs dispositions et le traité renvoyait à l'existence d'une position commune fondée sur la PESC pour pouvoir l'adopter. La Cour avait déjà énoncé que la lutte contre le terrorisme international est un objectif de la PESC (39), reprenant ainsi les dispositions du traité. Elle admettait cependant au sujet des mesures restrictives imposées par la résolution du conseil de sécurité des Nations Unies, qu'elles relèvent du domaine économique et financier. En outre, la mesure étant une sanction, elle concerne également la matière pénale. C'est d'ailleurs ce fondement qui est la base juridique adéquate à l'adoption d'une sanction. La Cour de justice ne dit pas l'inverse alors qu'elle rattache l'action à la PESC. Sa position néanmoins est critiquable parce que la lutte contre le terrorisme n'est pas entièrement identifiée par l'objectif sécuritaire externe qu'elle poursuit.

(38) Conclusions précitées, pt 79.
(39) Voy. notamment CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Kadi*, aff. C-402/15 préc., pt 219.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2° – *Une position dictée par la lecture du traité*

Mais sa position s'explique par la lecture des dispositions du traité, selon lesquelles l'ensemble du volet externe des actions sécuritaires relève de la PESC. Le traité ne prévoit pas en effet de base juridique sur le fondement de l'Espace de liberté sécurité et justice pour lutter contre la criminalité à l'extérieur du territoire de l'Union. Cet espace de liberté et de sécurité est affirmé dans un cadre interne à l'Union et le volet externe est réalisé grâce aux moyens de la PESC. Ainsi la dimension extérieure de l'ELSJ n'existe pas formellement. Cela pose de véritables difficultés lorsque l'action envisagée, réalisée dans le cadre de la PESC, exclut alors la participation d'États qui ont refusé l'application du titre V par déclaration annexé au traité de Lisbonne. L'hypothèse concernerait par exemple le Danemark. Elle n'est pas tout à fait théorique même si elle sera rarement contestée. La situation traduit encore l'incohérence du maintien de régimes distincts entre la PESC et l'ELSJ car la PESC en est le volet externe.

La Cour de justice a affirmé cette particularité dans plusieurs affaires (40) qui expliquent ainsi sa lecture des dispositions du traité, selon laquelle la lutte contre le terrorisme dans un cadre international est forcément une action de la PESC. Cela a pour conséquence de limiter son contrôle aux mesures restrictives.

II. – Le renforcement original du contrôle grâce à la garantie des droits fondamentaux dans l'Union européenne

Le contrôle des mesures restrictives s'affirme dans la jurisprudence de la Cour car ce contrôle est le seul pour lequel la compétence de la Cour de justice n'est plus formellement exclue malgré la base juridique de la PESC. Le contrôle des mesures restrictives va offrir à la Cour de justice l'occasion de préciser l'étendue des garanties des droits fondamentaux. Parce que le contrôle de légalité est une manifestation de l'Union de droit, la Cour de justice va développer une jurisprudence très respectueuse des droits fondamentaux en soulignant son application dans le cadre de la politique étrangère de sécurité commune. Partant, la

(40) En matière de lutte contre la piraterie maritime notamment, voy. les affaires C-658/11 et C-263/14 et notre étude à ce sujet, C. Mayeur-Carpentier, « La lutte contre la piraterie maritime. Les incohérences de la dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », Les cahiers de la sécurité et de la justice, Revue de l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice, *La Documentation française*, mai 2017, n° 38.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cour assujettit les institutions et en particulier le Conseil. Elle utilise les règles procédurales pour atteindre son objectif. La Cour contraint ainsi les institutions à motiver leurs décisions en rappelant l'intérêt pour les destinataires d'en connaitre les motifs (A) et elle examine particulièrement les moyens portant sur la violation des droits procéduraux (B).

A. – Les contraintes de motivation imposées au Conseil

La motivation doit en effet permettre aux particuliers de comprendre comment l'institution a appliqué le traité pour l'adoption de ces actes de sorte qu'ils pourront défendre leurs intérêts devant le juge. Le défaut de motivation est un moyen d'ordre public qui sera relevé d'office le cas échéant par le juge. Il va permettre à la Cour de prononcer l'annulation d'actes adoptés par le Conseil dans ce domaine.

1° – *Les contraintes sur le pouvoir discrétionnaire du Conseil*

La Cour de justice a précisé l'exigence de motivation à l'égard du Conseil lorsqu'il adopte des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Dans une affaire *Bamba* (41), la Cour a néanmoins annulé l'arrêt du Tribunal qui avait considéré que le Conseil n'avait pas suffisamment motivé sa décision. Elle affirme que la motivation doit être appréciée dans ce cadre, en fonction de son libellé mais aussi de son contexte et des règles particulières à la matière en cause. L'affaire est intéressante à plusieurs titres. D'abord parce que le Conseil a adopté des mesures restrictives supplémentaires à celles imposées par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Les mesures adoptées, destinées à protéger la paix et les élections en Côte d'Ivoire conduisent le Conseil à ajouter certains noms dans la liste initiale parce qu'ils présentaient un risque d'obstruction et de menace à l'aboutissement du processus électoral. C'est pourquoi le nom de la requérante, Madame Bamba, n'a jamais été inscrit sur la liste noire des Nations Unies. Elle l'est seulement par le Conseil, dans le cadre de l'Union européenne.

Le traité donne cette compétence au Conseil mais il est tenu de donner tous les éléments qui permettent de connaitre les raisons de cette inscription afin ensuite de pouvoir en critiquer le bien fondé. Madame Bamba est directrice du journal et des éditions *Le Temps* qui a publié et transmis une information partielle et orientée de la situation.

(41) CJUE, 15 novembre 2012, *Bamba*, aff. C-417/11 P, EU:C:2012:718.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

En outre, Madame Bamba a été l'une des épouses du président sortant. Le Conseil a alors fait part des éléments et ajoute que le rôle joué par le journal dans les événements en Côte d'Ivoire en 2010 et 2011 et les années suivantes est connu de tous. Le Conseil s'est donc fondé sur les articles publiés et le contexte particulièrement sensible pour prendre sa décision. La Cour affirme qu'il n'y a pas de violation de l'exigence de motivation. Elle rappelle le caractère essentiel de cette exigence « dans la mesure où la personne concernée ne dispose pas d'un droit d'audition préalable à l'adoption d'une décision initiale de gel des fonds, le respect de l'obligation de motivation est d'autant plus important, puisqu'il constitue l'unique garantie permettant à l'intéressé, à tout le moins après l'adoption de cette décision, de se prévaloir utilement des voies de recours à sa disposition pour contester la légalité de ladite décision » (42).

Ces précisions apportées par la Cour de justice montrent que son contrôle repose sur l'examen du contexte et sur l'appréciation portée par le Conseil pour résoudre une situation de conflit. Alors que la décision relève du pouvoir discrétionnaire du Conseil, la Cour de justice exerce un contrôle qui n'a pas à être limité sur la motivation alors qu'il le sera sur le bien-fondé de l'acte. L'examen de la Cour pourra ainsi porter sur les circonstances, le contenu de l'acte, la nature des motifs. C'est le caractère suffisant de la motivation selon le contexte qui est recherché. La Cour de justice l'a précisé dans une autre affaire rendue le même jour (43) portant également sur des mesures restrictives. La Cour énonce que la motivation n'a pas à comporter tous les éléments de faits et de droit qui ont permis au Conseil de prendre sa décision. La notification doit comporter les raisons individuelles et spécifiques qui justifient la décision du Conseil. En outre, en l'absence d'un changement de circonstance ou de situation, le maintien du nom dans la liste des destinataires des mesures restrictives n'a pas à faire l'objet d'une motivation supplémentaire (44).

La Cour a consolidé sa jurisprudence en rappelant dans la deuxième affaire *Kadi* (45) l'ensemble de ces éléments. Elle énonce en particulier l'exigence d'un exposé suffisamment précis et concret des motifs invoqués. La Cour ajoute que l'autorité compétente de l'Union

(42) Au point 51 de l'arrêt précité.
(43) CJUE, 15 novembre 2012, *Al Aqsa*, aff. C-539/10 P et C-550/10 P, EU:C:2012:711.
(44) Voy. en particulier les points 143 à 146 de l'arrêt précité.
(45) CJUE, 18 juillet 2013, *Commission c/ Kadi*, aff. jtes C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, EU:C:2013:518.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

doit alors examiner « avec soin et impartialité, le bien-fondé des motifs allégués » et doit en outre déterminer s'il y a lieu de solliciter la collaboration du comité des sanctions des Nations-Unies dans un climat de coopération utile prévu à l'article 220 TFUE (46). Cette disposition ne mentionne pas la lutte contre le terrorisme en particulier mais elle prévoit l'établissement par l'Union de toute coopération utile avec les organisations internationales. L'Union européenne n'y étant pas partie, l'article permet d'affirmer sa place dans les instances internationales et fonder leurs relations. Alors que l'exigence de motivation et l'article 296 TFUE qui la prévoit sont presque soulevés dans toutes les affaires, la coopération utile envisagée à l'article 220 TFUE n'a été évoquée que dans quatre d'entre elles.

Le Tribunal s'y réfère dans l'affaire *Al Ghabra* en décembre 2016 (47). La mesure restrictive trouve son fondement encore une fois sur le règlement qui prévoit les mesures restrictives à l'égard des personnes et entités liées à Al Qaida (48). Le Tribunal se fonde sur la coopération utile avec les Nations Unies pour énoncer qu'un délai particulièrement long de réponse de la part des institutions pour procéder à l'examen soigneux et impartial de chaque cas est inadmissible alors que le recours à la coopération utile avec les Nations Unies est le cas échéant envisageable. Par conséquent, le tribunal reconnait la violation du délai raisonnable (49). Deux auparavant dans l'affaire *Yusef* (50), le Tribunal condamnait la Commission en raison d'un ensemble d'irrégularités de procédures et il rappelait l'exigence de motivation et la procédure qui prévoit le cas échéant le recours à la coopération utile avec le Comité des sanctions.

Enfin, la coopération utile fondée sur l'article 220 TFUE était évoquée dans un contexte différent de celui des mesures restrictives. Le *Front Polisario* dans son recours en annulation contre l'accord conclu entre l'Union européenne et le Maroc l'avait évoqué. L'arrêt (51) peut être intéressant dans le cadre de l'étude du contrôle de la Cour de

(46) Voy. pour la formulation précise le point 115 de l'arrêt repris ici.

(47) Trib, UE, 13 décembre 2013, *Mohammed Al Ghabra*, aff. T-248/13, EU:T:2016:721. Voy. E. Daniel, Commentaire, *Europe*, février 2017, p. 11.

(48) Règlement (CE) n° 881/2002, préc. ; modifié pour la soixante-quatorzième fois.

(49) Voy. les points 57 et 61 de l'arrêt précité *Al Ghabra*, aff. T-248/13, préc., et également le point 126 au sujet de la décision de la Commission d'établir en l'espèce cette coopération utile.

(50) Trib. UE, 21 mars 2014, *Hani El Sayyed Elsebai Yusef*, aff T-306/10, EU:T:2014:141 ; en particulier le pt 92.

(51) CJUE, 21 décembre 2016, *Conseil de l'Union européenne c/ Front populaire pour la libération de la Saguia-el-hamra et du rio de oro (Front polisario)*, aff. C-104/16 P, EU:C:2016:973.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

justice au sujet de la lutte contre le terrorisme non pas en raison des activités indépendantistes du requérant mais pour interpréter dans le cadre des règles contentieuses appliquées par la Cour le moyen portant sur la violation des formalités de l'acte et reposant sur l'absence de consultation du comité des sanctions.

La Cour énonce que son arrêt n'est pas transposable aux affaires qui concernent les mesures restrictives en tant qu'il porte sur un acte de portée générale car les mesures restrictives sont bien des mesures individuelles, aussi le recours formé contre le règlement qui en reprend le contenu porte en réalité sur les mesures individuelles. Son raisonnement, s'il était plus développé sur ce point, pourrait toutefois être transposé au sujet de la consultation du Comité des sanctions. Cependant, elle a écarté le moyen invoqué par le requérant en énonçant en l'espèce que la consultation n'était pas obligatoire s'agissant d'une procédure législative spéciale. Le traité utilise le présent de l'indicatif qui peut être interprété aussi bien comme étant une faculté qu'une obligation selon la particularité du contexte. La rédaction « L'Union établit toute coopération utile avec les organes des Nations Unies et de leurs institutions spécialisées […] », ne permet pas de considérer que la consultation est obligatoire. Elle peut d'ailleurs s'interpréter dans le contexte de l'adoption des mesures restrictives comme une décision relevant de l'appréciation de l'institution concernée. Il faut cependant s'attendre à voir ce moyen soulevé de plus en plus souvent dès lors qu'il a contribué à reconnaitre la méconnaissance du délai raisonnable d'examen et a conduit à la condamnation de la Commission.

L'exigence de motivation de l'acte est ainsi particulièrement contraignante pour les institutions, elle le serait d'autant plus si la Cour de justice reconnaissait que l'institution est tenue de saisir le Comité des sanctions dans ce cadre. La prise de position de la Cour de justice est celle d'un véritable acteur de l'action extérieure de l'Union européenne. En tant que juge, elle s'expose comme un garant des droits des justiciables et en tant qu'institution elle se présente comme un rempart face au pouvoir du Conseil et de la Commission dans la poursuite des relations extérieures. Dans cette matière, le rôle politique de la Cour est alors d'éviter un engagement de la responsabilité internationale de l'Union européenne. C'est la juridictionnalisation de la PESC qui a permis à la Cour de justice d'occuper cette place et de faire remarquer son rôle face aux instances internationales.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2° – *Les bénéfices pour les destinataires de la décision*

La motivation est jugée suffisante si l'intéressé est susceptible d'en comprendre les raisons (52). Dans un premier temps, la jurisprudence de la Cour de justice au sujet de l'exigence de motivation était destinée à connaître la base juridique de façon à contrôler en particulier le respect de la répartition horizontale et verticale des compétences. Dans un deuxième temps, la Cour de justice impose la motivation des actes individuels de façon à faire connaitre le fondement de la décision à ses destinataires. Sa jurisprudence alors s'appuie sur l'objectif de respect des droits procéduraux. Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, cette application a été particulièrement bénéfique aux personnes concernées et à l'affirmation de l'Union de droit. Ainsi la violation de l'obligation de motivation par l'institution est un moyen fréquemment soulevé par les requérants à l'appui de leurs recours en annulation. Il permet au juge d'annuler sur son fondement des actes qui relèvent pourtant de domaines sensibles ou d'un pouvoir d'appréciation de leur auteur. L'inventaire de l'ensemble des arrêts dans lesquels le moyen a été soulevé n'est pas possible dans le cadre de cette étude même s'il est intéressant alors de remarquer les cas qui ont donné lieu à une annulation ainsi que les éléments retenus pour considérer que la motivation était suffisante. Il faut retenir le caractère extrêmement factuel de la jurisprudence du Tribunal et de la Cour. En outre, certaines affaires sont caractéristiques de cette spécificité du contrôle de chaque cas.

Par exemple, dans un arrêt (53) concernant le premier ministre ukrainien, dans lequel ce dernier estimait être victime d'une persécution politique, le tribunal examine les faits et affirme qu'il « incombe au Conseil de vérifier les informations qui lui ont été fournies et d'exiger, le cas échéant, un complément d'information ou de preuve » (54). Le pourvoi ayant été rejeté, ces éléments n'ont pas été infirmés par la Cour. Associée aux règles de preuves, l'obligation de motivation en faveur du requérant est une véritable garantie d'examen de sa situation par les institutions. C'est également ce qui apparaissait dans l'affaire *Kadi* de 2013 (55). La Cour de justice a ainsi affirmé la règle qu'elle applique ensuite dans les différentes affaires. Elle énonce que le juge de l'Union

(52) Trib. UE, 25 avril 2013, *Marcel Gossio*, aff. T-130/11, EU:T:2013:217. Pour une application de l'appréciation du caractère alors suffisant de la motivation.

(53) CJUE, 19 octobre 2017, *Alexander V. Yanukovych c/ Conseil*, aff. C-599/16 P, EU:C:2017:785.

(54) Trib. UE, 15 septembre 2016, *Alexander V. Yanukovych c/ Conseil*, aff. T-348/14, EU:T:2016:508.

(55) CJUE, 18 juillet 2013, *Commission c/ Kadi*, préc. Voy. notamment le commentaire de D. Simon, « Mesures antiterroristes. Un arrêt très attendu sur l'intensité du contrôle juridictionnel

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

doit alors se fonder sur l'exposé des motifs pour vérifier que la décision individuelle repose sur une base factuelle suffisamment solide. Et la Cour en tire les conséquences en indiquant qu' « il incombe au juge de l'Union de procéder à cet examen en demandant, le cas échéant, à l'autorité compétente de l'Union de produire des informations ou des éléments de preuve, confidentiels ou non, pertinents aux fins d'un tel examen » (56).

Associée cette fois-ci aux règles de preuves, l'exigence de motivation permet de garantir un ensemble de droits du requérant, ce qui contribue à la reconnaissance de règles communes en Europe. La Cour de justice impose ainsi cette exigence comme un standard de l'équivalence des droits qui contribue à l'identité de l'Union européenne.

B. – L'objet politique d'un contrôle placé sous l'équivalence de protection des droits

La Cour de justice a recours à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour examiner les premières mesures restrictives qui lui sont soumises. Elle examine le respect des droits de procédure dont la violation est invoquée par les requérants, qu'il s'agisse du respect du recours effectif ou de la protection juridictionnelle, du droit d'être entendu et du respect du principe du contradictoire, ou encore du délai de communication des motifs ou de jugement. En plus de leurs violations, les requérants prétendent la violation de certains de leurs droits individuels par l'adoption des mesures restrictives et en particulier, la présomption d'innocence et le droit de propriété. Progressivement, la Cour exerce son contrôle en étendant son panel de droits garantis en Europe.

1° – *L'approfondissement du contrôle du respect des droits individuels de propriété et de présomption d'innocence*

Le Tribunal et la Cour se fondent sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme pour statuer en reprenant alors les moyens soulevés par les requérants. La référence à l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'homme constitue pour le demandeur une garantie supplémentaire de protection.

---

des mesures antiterroristes : la Cour confirme la solution du Tribunal dans l'affaire dite Kadi II », *Europe*, octobre 2013, Commentaire n° 10, pp. 14-16.

(56) Pt 120 de l'arrêt précité.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La violation de la présomption d'innocence est souvent invoquée par les requérants. Le respect du principe est inscrit à l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les requérants invoquaient la Charte et se fondaient également sur la jurisprudence de la Cour. L'Organisation des Modjahidines du peuple d'Iran (57) se fondera ainsi sur l'arrêt du 10 février 1995, *Allenet de Ribemont*, en estimant sûrement que le moyen fondé sur la Charte serait au mieux insuffisant, sinon inopérant. Ce qui se comprend tout à fait lorsque la requête était déposée avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, étonne ensuite, sauf à reconnaitre une volonté d'interprétation équivalente des droits concernés par les jurisprudences de Strasbourg et de Luxembourg.

La mesure restrictive poursuit un objectif préventif (58) car elle est destinée à écarter le risque de la survenance d'un acte terroriste. Pourtant la mesure de gel des fonds est perçue par son destinataire comme une sanction pénale c'est pourquoi les requérants invoquent presque systématiquement l'atteinte à la présomption d'innocence. Cependant le moyen, non fondé, est régulièrement rejeté. Dans l'affaire mettant en cause la Banque Melli d'Iran, la Cour énonce qu'il n'y a pas d'atteinte au principe de présomption d'innocence car l'adoption de la mesure n'est pas liée à un comportement autonome et n'exige donc pas un comportement contraire aux prescriptions du règlement (59). Dans un arrêt portant sur les mesures adoptées à l'encontre d'une organisation probablement liée au régime syrien, la Cour (60) reprend les éléments développés par le tribunal pour répondre au moyen soulevé par les requérants au sujet de la présomption de soutien au régime. La Cour se réfère à la Cour de Strasbourg en indiquant qu'elle n'interdit pas l'usage « des présomptions de fait ou de droit, mais commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » (61). Dans une affaire rendue en mai 2017 (62), qui concernait également des mesures de gel de fonds adoptées à l'encontre du requérant en raison de son soutien financier au régime syrien, le tribunal rappelle que : « ce principe, énoncé à l'article 6, paragraphe 2, de la CEDH et à l'article 48,

(57) TPICE, 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahédines du peuple d'Iran*, aff. T-228/02, *Rec.* p. II-4665, pt 66.

(58) Voy. par exemple, CJUE, 15 novembre 2012, *Al Asqa*, préc., pt 67.

(59) CJUE, 13 mars 2012, *Melli Bank Plc c/ Conseil*, aff. C-380/09 P, EU:C:2012:137, pt 81.

(60) CJUE, 21 avril 2015, *Issam Anbouba*, aff. C-630/13 P, EU:C:2015:247.

(61) *Ibid.*, pt 20.

(62) Trib. UE, 18 mai 2017, *Rami Makhlouf*, aff. T-410/16, EU:T:2017:349.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux, constitue un droit fondamental qui confère aux particuliers des droits dont le juge de l'Union garantit le respect » (63) ; le Tribunal écarte le moyen fondé sur sa violation au motif que la mesure contestée, adoptée à l'issue d'une procédure administrative, a une fonction conservatoire (64).

Le raisonnement du juge de l'Union est très similaire lorsqu'il étudie le moyen des requérants fondé sur la violation du droit de propriété. Souvent invoqué par les destinataires de la mesure, il donne rarement lieu à une annulation de la mesure, notamment en raison de la nature conservatoire de la mesure et de l'absence de disproportion entre le but poursuivi de lutte contre le terrorisme international et l'atteinte portée à l'utilisation des fonds et des avoirs financiers. La Cour de justice en a cependant fait application dans l'affaire *Kadi* de 2008 (65) en posant le principe. Elle explique qu'en raison de la nature de la mesure et de ses effets qui ne sont pas confiscatoires, il n'y a pas, en principe, d'atteinte démesurée à la propriété du destinataire de la mesure restrictive. La Cour montre que son examen devra la conduire à vérifier chaque fois la gravité de l'atteinte à l'utilisation du bien. Lorsqu'elle statue dans l'arrêt à ce sujet, la Cour énonce que le droit de propriété fait partie des principes généraux du droit communautaire mais qu'il n'est pas une prérogative absolue. La Cour reconnait que les mesures adoptées constituent bien une restriction à l'utilisation de son bien et qu'elle peut être qualifiée de considérable en raison du délai d'application de la mesure, adoptée en 2001. Pour procéder à l'examen de la justification ou non d'une telle décision, la Cour se réfère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, au protocole 1 et à la jurisprudence de sa Cour. Et son examen la conduit à reconnaitre que le moyen portant sur la violation du droit de propriété est fondé et doit conduire à l'annulation de la mesure restrictive (66).

2° – *Le contrôle des droits procéduraux*

Grâce à l'application des règles en matière de procédure, le requérant aura véritablement accès au juge. Cet objectif d'effectivité de la protection juridictionnelle dont l'accès au juge est un élément, est le véritable guide de la jurisprudence de la Cour. Elle répond alors

(63) *Ibid.*, pt 122.
(64) *Ibid.*, pt 126.
(65) CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat international Foundation*, aff. C-402/05 P et 415/05 P, préc., pt 92.
(66) *Ibid.*, voy. les points 359 à 370 et la conséquence du raisonnement au point 371.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

aux moyens soulevés par les requérants dans le but de répondre à cette exigence, ce qui lui permet de soumettre progressivement la PESC au droit commun dans ce domaine.

a. – *L'objectif d'effectivité de la protection juridictionnelle*

« Le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH, ce principe ayant d'ailleurs été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice » (67). Cette affirmation de la Cour de justice dans l'arrêt *Kadi* de 2008 reprend l'ensemble des sources qui consacrent la protection juridictionnelle effective. La Cour se réfère régulièrement à cette qualification du principe. Sa violation est elle aussi très régulièrement invoquée par les requérants. Dans un premier temps, avant 2009, il était assez paradoxal d'affirmer la reconnaissance de la protection juridictionnelle effective au sujet du contrôle des mesures adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Qu'elles relèvent des anciens titres V ou IV TUE, le contrôle de la Cour était très limité voire inexistant et nécessairement indirect sur ces mesures.

La Cour a pris appui sur les moyens développés par les requérants pour imposer le respect des droits procéduraux en appliquant, même dans ce cadre, ces garanties fondamentales. Les institutions ont essayé parfois de s'en extraire, en se fondant sur la phase administrative de l'adoption de l'acte par exemple. L'argument avait été avancé par le Conseil dans l'affaire portée par l'*Organisation des Modjahidines d'Iran*. Il considérait alors pour se justifier que l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme n'avait pas à être appliqué s'agissant d'une phase administrative (68). Dans sa réponse, le Tribunal a renvoyé à l'office du juge européen pour ce qui concerne l'examen de la conformité de la décision nationale d'exécution (69). Quant au respect du principe du contradictoire, le juge énonçait que les restrictions en la matière étaient conformes à la Convention dans le

(67) *Ibid.*, pt 335.
(68) TPICE, 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahédines du peuple d'Iran*, décision préc., pt 77.
(69) *Ibid.*, pt 122.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

domaine sensible de la défense et notamment du terrorisme et rappelait la jurisprudence du juge strasbourgeois sur ce point (70).

Si dans les premières affaires, la Cour s'est fondée sur un raisonnement classique qui fonde la responsabilité du respect des droits procéduraux sur les juridictions nationales, en affirmant que les juridictions nationales sont les juges de droit commun de ces matières, la structure des arrêts a évolué avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et le contrôle direct des mesures. Le juge de l'Union a développé une jurisprudence respectueuse des droits procéduraux et a précisé l'application de leurs règles dans ce domaine en particulier. Au sujet de l'intérêt à agir par exemple, la Cour énonce que la suppression du nom du requérant dans la liste ne lui fait pas perdre son intérêt à agir (71).

b. – *Le rattachement au contrôle de droit commun*

La Cour de justice a précisé sa compétence en matière de mesures restrictives, elle l'étend au renvoi préjudiciel (72) en se fondant sur les garanties procédurales. Ce sont en effet trois particularités procédurales en droit de l'Union qui lui permettent de l'affirmer : elle renforce la complétude des voies de droit, la protection juridictionnelle effective et la coopération juridictionnelle entre les juridictions nationales et de l'Union. En appliquant ce raisonnement à la PESC, la Cour affirme bien sa volonté de placer les actes adoptés sous un régime de droit commun. La règle de procédure lui donne l'occasion de le souligner.

Le contrôle des mesures restrictives permet à la Cour de rappeler l'application des règles procédurales en faveur de la protection des requérants, il lui a donné aussi la possibilité de montrer comment pourrait s'appliquer la règle de cohérence des actions menées. Progressivement la Cour a su justifier un contrôle en montrant que le régime dérogatoire est non seulement peu satisfaisant mais qu'il porte atteinte à l'identité même de l'Union européenne. Par l'ensemble de ces jurisprudences en matière de lutte contre le terrorisme, le juge de l'Union expose à quel point le droit commun est nécessaire à l'Union européenne.

(70) *Ibid.*, pt 135 ; le tribunal se fonde sur la décision CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, req. n° 22414/93, pt 131.

(71) Voy. notamment CJUE, 28 mai 2013, *Abdulrahim c/ Conseil et Commission*, aff. C-239/12 P, EU:C:2015:824, pts 62 et s., ainsi que la jurisprudence citée.

(72) CJUE, 28 mars 2017, *Rosneft*, aff. C-72/15, ECLI :EU:C:2017:236 ; voy. I. Bosse-Platière, « Le juge de l'Union, artisan de la cohérence du système du contrôle juridictionnel au sein de l'Union européenne, y compris en matière de PESC », *RTDE*, 2017, p. 555 ; l'auteur démontre ainsi dans son commentaire de l'arrêt que la Cour de justice promeut véritablement l'unité de l'ordre juridique en prenant cette position.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Ainsi c'est en utilisant les armes contentieuses et en contrôlant la régularité des actes adoptés dans ce contexte de droit international que la Cour de justice s'expose à l'encontre du Conseil. Qui d'autre qu'elle aurait pu prendre cette position politique ? Le caractère sensible de la lutte contre le terrorisme aurait pu empêcher sa réaction, cela aurait été préjudiciable à l'affirmation de l'identité de l'Union européenne. Dans ce domaine, comme dans les années soixante en matière d'affirmation des libertés fondamentales de circulation, la position de la Cour est guidée par l'objectif inscrit dans le traité. Désormais l'objectif n'est plus de renforcer le marché intérieur mais de répéter chaque fois que l'Union européenne contribue dans tous les domaines à la garantie des droits individuels. Pour ce faire, il était nécessaire pour le juge de l'Union de s'opposer aux Conseils. En effet, c'est en affirmant une position stable face au Conseil de l'Union mais aussi au Conseil de sécurité des Nations Unies que la Cour de justice exerce véritablement son rôle politique dans une Union de droit. Le contrôle des mesures restrictives en est l'un des outils.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 15 - Le contrôle des mesures restrictives
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CHAPITRE 16.

LA POLITIQUE D'IMMIGRATION ET D'ASILE

Ségolène Barbou des Places

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1, IREDIES

Le rôle politique du juge est aujourd'hui très perceptible. Cela est particulièrement marqué s'agissant des juridictions supérieures ou suprêmes qui jugent surtout des « hard cases » non résolus par le juge inférieur. Mais plus généralement, l'évolution actuelle est celle d'une société contentieuse, dans laquelle le juge est de plus en plus souvent sommé de statuer sur des questions sociétales très sensibles. D'où le sentiment partagé qu'il est urgent de s'interroger sur la place du juge dans nos démocraties : les juges ont-ils pris trop de pouvoir ? La séparation des pouvoirs est-elle brouillée ? Quelle est la légitimité du juge de façonner la société par ses décisions ?

La question de son rôle ou de son statut politique est pourtant aussi ancienne que le juge lui même (1). La peur du gouvernement des juges hante depuis toujours la réflexion sur l'organisation de la démocratie (2). À l'inverse, le rôle politique du juge peut être assumé et valorisé, explicitement ou implicitement. Ainsi en droit de l'Union européenne, le juge, décrit comme le juge de l'intégration européenne, a toujours été une figure éminente et positive. Les juges Pescatore (3) ou

(1) Voy. pour une réflexion sur les critères d'évaluation du rôle du juge, A. Barak, « A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy », 116 *Harvard Law Review* 20, 2002-2003, pp. 18-116. Voir aussi, dans une bibliographie très abondante, D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, Bibliothèque de droit public, LGDJ, 1972 ; J. Boulanger, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *Revue trim. Droit civil*, 1961, pp. 417-441.

(2) Pour la France, voy. par ex. G. Berlia, « La France et le gouvernement des juges », in *La Justice*, Paris, PUF, 1961, pp. 135-147 ; O. Dupeyroux, « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges Maury*, Paris, Dalloz-Sirey 1960, t. II.

(3) P. Pescatore, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Grands écrits, 2005.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Lecourt (4) ont chacun montré comment et combien ce juge façonnait l'œuvre commune. L'activisme judiciaire semblait même être la marque de fabrique d'un juge communautaire salué pour servir la « cause » européenne (5). Sans lui, la CEE n'aurait jamais réussi à édifier un ordre juridique autonome et cohérent (6).

Progressivement pourtant, ce rôle et ce parti pris pour l'intégration européenne ont été remis en cause. On connaît l'ouvrage séminal de Rasmussen (7) qui a rendu compte du rôle politique du juge européen et de son activisme en faveur du « centralisme » européen. De manière générale, dans la lignée des travaux d'Alec Stone Sweet (8), la science politique (9) a analysé la réalité du travail du juge européen. Le travail judiciaire européen n'est donc plus depuis longtemps une boîte noire ; il est passé au tamis de la réflexion scientifique. Une telle analyse s'avère d'autant plus nécessaire que la critique politique portée aux décisions de la Cour de justice de l'Union européenne s'est amplifiée. Le juge européen a en effet rencontré une contestation de plus en plus marquée à l'occasion de ses arrêts considérés comme (trop) (10) politiques. Quand le tropisme intégrationniste de la Cour est perçu comme se transformant en militantisme libéral, la Cour est alors sous le feu d'un public s'interrogeant sur sa légitimité à opérer des choix sociaux et politiques si décisifs pour la vie des Européens. Les affaires *Viking et Laval*,

(4) R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976 ; « Quel eut été le droit des Communautés européennes sans les arrêt de 1963 et 1964 ? », in *Mélanges Dehoux*, pp. 349-361.

(5) G. F. Mancini et D. T. Keeling, « Democracy and the European Court of Justice », *Modern Law Review*, 1994 (57), p. 186.

(6) E. Stein, « Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution », *American Journal of International Law*, 1981, n° 75, pp. 1-27. Voir aussi R. Dehousse *The European Court of Justice – The Politics of Judicial Integration*, Londres, Macmillan, 1998 ; A. Stone Sweet et J. A. Caporaso, « La Cour de Justice et l'intégration européenne », *Revue française de science politique*, 1998, vol. 48,194-244 ; J. H. H. Weiler, « Une révolution tranquille. La Cour de justice des Communautés européennes et ses interlocuteurs », *Politix*, vol. 31 (8), 1995, pp. 119-138. Pour une réflexion plus récente, M. Dawson, B. de Witte et E. Muir (dir.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar, 2013.

(7) H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study In Judicial Policymaking*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

(8) *The judicial construction of Europe*, OUP, 2004.

(9) Voy. par exemple K. Alter et S. Meunier-Aisthalia, « Judicial Politics in the European Community : European Integration and the pathbreaking Cassis de Dijon Decision », *Comparative Political Studies* 26, p. 535, A.-M. Burley et W. Mattli, « Europe before the Court : A Political Theory of Legal Integration », *International Organization*, 1993, 47, p. 41, A. Vauchez, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Presses de Sciences Po, 2013 ; K. J. Alter, *The European Court's Political power, Selected Essays*, OUP, 2011.

(10) D'autres y voient au contraire, comme L. Azoulai, des arrêts dans lesquels la Cour évite le conflit, le droit de l'UE devant un procédé de « desensitization », « The European Court of justice and the duty to respect sensitive national interests », in M. Dawson, B. de Witte et E. Muir (dir.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar, 2013, pp. 167-188.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dans lesquels la Cour a mis face à face les garanties des travailleurs et les impératifs de la libre circulation des sociétés, sont assurément les figures emblématiques de cette réaction (11).

Mais la jurisprudence de la dernière décennie traduit plutôt une hésitation voire un net *self restraint* de la Cour (12). En matière d'immigration et d'asile, de nombreux arrêts témoignent de cette réserve : le juge européen semble hésiter à se mettre en avant dans un rapport de pouvoir qu'il sait ne pas être toujours à son avantage. Ainsi, les affaires *X et X contre Belgique* (13) ou l'ordonnance du Tribunal dans l'affaire *NF* (14) resteront, dans la mémoire doctrinale, comme les exemples patents d'une – peut être excessive – retenue judiciaire. Ces deux arrêts ont été reçus comme des arrêts très politiques et sont critiqués à ce titre. Le juge est accusé d'avoir sacrifié au contexte politique la garantie des droits fondamentaux. Les termes sont forts et parler du juge comme acteur politique pourrait, dans ce contexte, suffire à le discréditer.

Une réflexion sur l'activité de la Cour de justice apparaît donc d'autant plus nécessaire que l'on ne saurait laisser aux contempteurs du juge européen, – qui l'accusent d'être illégitime et a-démocrate-, le monopole d'une réflexion sur son rôle. Mais la définition de ce qu'est le rôle politique ou l'activité politique du juge est très incertaine. Car à y regarder de près, déterminer ce que signifie « le rôle politique » ou le « travail politique du droit » (15) est tout sauf clair. Il faut donc, d'abord, rendre compte des difficultés méthodologiques – parfois même des apories – que rencontre toute réflexion sur le rôle politique du juge de l'Union européenne (I). Ceci réalisé, la polysémie du terme « politique » doit être prise au sérieux. Cette contribution s'attache donc à décrire deux formes particulières du travail politique du juge de l'Union européenne en matière migratoire (II).

(11) Parmi de nombreux commentaires, J.-Ph. Lhernould, « La Cour de Justice de l'UE est-elle antisociale ? », *Revue de jurisprudence sociale* 2010 pp. 507-514 ; C. Barnard, « Social dumping or dumping socialism ? », *The Cambridge Law Journal* 2008 pp. 262-264 ; M. Corti, « Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia : un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale », *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008, pp. 249-286.

(12) Voy. C. Kaupa, « Maybe not activist enough ? On the Court's alleged neoliberal bias in its recent labor cases », in M. Dawson, B. de Witte et E. Muir (dir.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar, 2013, pp. 56-76.

(13) CJUE (gde ch.), 7 mars 2017, *X et X c/ Etat belge*, aff. C-638/16, EU:C:2017:173.

(14) Trib. UE, Ord., 28 février 2017, *NF c/ Conseil européen*, aff. T-192/16, EU:T:2017:128.

(15) Voy. égal. A.Vauchez, « Le travail politique du droit ou comment réfléchir au "rôle politique" de la Cour ? », cet ouvrage.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

I. – Comment juger du « travail politique » du juge de l'Union européenne ?

En France, on a coutume de classer les arrêts en les hiérarchisant. Aussi la Cour de justice de l'Union européenne a-t-elle droit, comme les autres juges français, à un ouvrage collectant et commentant ses « grands arrêts » (16). Ces arrêts, recensés parce que considérés comme fondamentaux voire fondateurs, sont bien souvent considérés comme des arrêts politiques parce que le juge y a dessiné les traits du système institutionnel et politique de l'Union ou parce que l'autorité du droit de l'Union européenne, les contours des compétences de l'Union européenne, les principes cardinaux du marché intérieur et la garantie des droits, sont fixés dans ces décisions qui valent encore 20, 30 voire 50 ans après leur date de parution.

L'on peut pourtant douter que tous les « grands arrêts » soient des arrêts politiques. À tout le moins, on est conduit à s'interroger sur ce qui fait qu'un arrêt peut être dit politique. En affinant la question, il faut plutôt se demander si c'est l'arrêt qui est politique, la décision ou le raisonnement. Pour le dire autrement, la difficulté que rencontre tout chercheur qui prétend éclairer la connaissance du rôle politique du juge européen, c'est d'abord de déterminer où chercher le « politique » dans la jurisprudence (A). La présente contribution fait donc le choix, pour rendre compte de l'activité politique de la Cour de justice en matière d'immigration, de mettre l'accent sur ses « opérations politiques » (B).

A. – Où chercher le « politique » dans la jurisprudence ?

La réflexion sur le rôle politique du juge de l'Union européenne porte encore les traces de ses origines. En effet, le travail du juge est le plus souvent rabattu sur une lecture « institutionnaliste » du droit de l'Union européenne, qui cherche à déterminer si le juge est plus ou moins intégrationniste. On tend généralement à cantonner l'analyse du rôle politique du juge à cette question de savoir si le juge est, autant que par le passé, le moteur de l'intégration européenne. L'axe d'évaluation du rôle politique du juge est donc le plus souvent la dichotomie juge intégrationniste/juge protecteur des intérêts nationaux.

(16) H. Gaudin, M. Blanquet, J. Adriantsimbazovina, F. Fines, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, tome 1 Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, Grand arrêts, 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Parfois il est vrai, c'est une autre grille d'analyse qui s'impose : on cherche alors à déterminer si le juge de l'Union européenne est plus ou moins libéral. Depuis les affaires *Viking et Laval*, la doctrine ne cesse de chercher si le juge œuvre à la promotion du libre échange et du marché ou à la protection des valeurs sociales. Dans tous les cas, le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne est analysé en se référant à ses – supposées – préférences idéologiques. La doctrine spécialiste de la jurisprudence en matière d'immigration et d'asile n'échappe pas à ce cadre analytique : dans un nombre considérable de commentaires, les auteurs concluent au caractère plus ou moins libéral du juge, le libéralisme étant ici entendu au sens de protection des droits et libertés des migrants. C'est ainsi qu'arrêt par arrêt, on cherche à évaluer où la Cour a placé le curseur entre l'ordre public et la liberté des migrants ; entre la protection des migrants et l'impératif de lutte contre l'immigration irrégulière ; entre l'intérêt des migrants et la protection des finances de l'État, etc. Le caractère « politique » d'un arrêt est souvent affirmé dès lors que le juge a été très ou au contraire très peu favorable à la liberté de mouvement des migrants.

Mais cette analyse se limite à rechercher l'effet politique d'une décision et elle ne s'interroge pas sur le comment : de quelle manière le juge joue-t-il un rôle politique ? À quel moment de son raisonnement, par quel type d'interprétation son activité politique se manifeste-t-elle ? Or qui cherche à rendre compte avec précision du rôle ou de l'activité politique du juge se heurte à d'innombrables difficultés et questions sans réponse. Ces questions sont pourtant fondamentales car pour décrire avec précision le travail politique du juge, il faut adosser l'analyse à un corpus (un ensemble d'affaires ou de raisonnements) révélateur de l'activité politique du juge. Pour cela, il faut au préalable pouvoir identifier un tel corpus, ce qui suppose de savoir quels sont les marqueurs du « politique » dans une jurisprudence.

De considérables difficultés méthodologiques apparaissent alors. La première incertitude est relative à l'objet de l'observation. Le caractère politique d'une décision de justice juge se trouve-t-il dans le raisonnement, la solution et/ou les effets d'un arrêt ? Un arrêt est souvent qualifié de politique en raison des conséquences de la décision judiciaire. L'annulation d'un texte important du droit de l'Union européenne, une condamnation d'un État, sont autant de décisions considérées comme éminemment politiques. On connaît ainsi la réaction de Viktor Orban à la décision de la Cour de justice de ne pas annuler la

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

décision relocalisation (17) : il n'a pas hésité à qualifier l'arrêt de « politique », ce qui n'était à l'évidence pas un compliment. Pourtant cette affirmation n'apporte aucun élément de compréhension du travail politique du droit par le juge. C'est ici la conséquence de l'activité judiciaire qui est politique et il se peut qu'un arrêt soit considéré comme politique en raison des seuls effets de la solution alors que rien dans le raisonnement du juge ne laisse deviner une intention ou un raisonnement politique. Le juge pourrait être un acteur politique malgré lui.

Si l'on cherche plutôt à localiser le politique dans le raisonnement du juge, les difficultés ne sont pas moindres. Comment déterminer ce qui, dans un raisonnement juridique, est politique ? On a coutume de souligner l'activisme judiciaire du juge de l'Union européenne pour rendre compte de son rôle politique. Mais le *self restraint* serait-il moins politique que l'activisme ? Les lecteurs de l'arrêt *X et X* contre Belgique ou de l'ordonnance du Tribunal relative à la déclaration UE-Turquie en douteront. N'est-ce donc pas plutôt le choix entre *self restraint* et activisme qui est politique, à supposer que ce choix soit posé en ces termes ?

De même, que nous enseigne le recours par le juge à telle ou telle méthode d'interprétation ? Intuitivement, les juristes sont enclins à voir du politique dans le recours à l'interprétation finaliste ou téléologique ou dans la référence à l'effet utile du droit de l'Union européenne. Pourtant, revenir à la volonté (politique) des auteurs du textes n'est-il pas aussi une opération politique ? De même, dans l'affaire *Celaj*, l'avocat général M. Spuznar n'hésite pas à exhorter la Cour à déclarer que la sanction pénale en cause dans l'espèce est interdite par la directive retour, « non pas pour des raisons politiques telles que celles citées ci-dessus mais dans l'intérêt de l'effet utile de la directive 2008/115 » (18). C'est une manière d'affirmer que l'interprétation sur la base de l'effet utile n'est pas politique. Le caractère politique serait-il donc dans une méthode ou dans le choix, pour régler le cas précis, d'une méthode plutôt que l'autre et/ou dans la décision de combiner les méthodes ? Surtout, le risque est de voir du politique à chaque étape du raisonnement du juge. On pourrait ainsi débusquer une activité politique aussi bien dans le choix de recourir à la procédure préjudicielle d'urgence, dans la décision d'opérer un contrôle de proportionnalité poussé que dans l'activation de la Charte des droits fondamentaux.

(17) CJUE, 6 septembre 2017, *République slovaque et Hongrie c/ Conseil*, aff. jtes C-643/15 et C-647/15, EU:C:2017:631.

(18) Conclusions de l'avocat général M. Maciej Spuznar présentées le 28 avril 2015, aff. C-290/14, *Skerdjan Celaj*, EU:C:2015:185, pt 6.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La difficulté ne s'arrête pas à ces premières incertitudes. Toute réflexion sur le travail politique du juge se heurte à des contradictions. En premier lieu, nous cherchons le politique dans le discours du juge. Mais c'est dans un arrêt, donc une norme juridique que nous cherchons le discours politique. N'y a-t-il pas difficulté à dire que le juge est un acteur politique quand il crée du droit ? Une seconde difficulté surgit ensuite. Chercher à identifier le rôle politique du juge ou son travail politique, n'est-ce pas supposer qu'existe une séparation entre le droit et le politique ? En travaillant politiquement le droit, le juge en transformerait la nature et c'est cette opération de transformation (de transmutation ?) qui pourrait être décrite. Mais qui croira, hors d'une lecture normativiste orthodoxe, à une si nette séparation de nature entre le droit et le politique ? À l'inverse, si l'on considère que le droit est une matière politique, dire que le juge travaille politiquement le droit signifie-t-il encore quelque chose ? Ou faut-il simplement dire que le travail du juge consiste simplement à faire advenir la part politique du droit. De telles questions ne peuvent être résolues qu'au plan théorique, ce qui n'est guère opérant pour qui tente d'identifier, au cœur de la jurisprudence, le travail politique du juge de l'Union européenne.

Que conclure de ces remarques préliminaires ? Non qu'il faille renoncer à circonscrire et expliquer le travail politique du juge de l'Union. Mais une chose est manifeste : il est peu probable que l'on puisse démontrer l'existence de jurisprudences politiques. On mettra en évidence tel raisonnement politique, telle solution politique sans que cela n'autorise une généralisation. La description du travail politique du juge est une casuistique. Sans doute, pour la même raison, faut-il résister à la facilité qu'il y a à traiter du rôle politique *du* juge de l'Union, alors que ce juge est une entité humaine composite et variable dans le temps. Enfin et surtout, on admettra qu'il est préférable d'aborder tout travail d'identification du travail politique du juge sans postuler l'existence d'une conception unitaire de ce rôle ou travail politique. On devra donc plutôt parler *des* formes multiples du travail politique du juge de l'Union européenne. C'est ce que cette contribution tente de faire : dégager, dans la jurisprudence relative à l'immigration et l'asile, plusieurs sens du rôle et travail politique du juge de l'Union européenne.

Mais pour identifier ces différentes formes du travail politique du juge, il faut tenter de cerner le sens du mot « politique » dans l'expression *rôle politique* ou *travail politique* du droit. La lecture des travaux de sciences politiques, qui décrit une multiplicité de conceptions du « politique », n'aide guère à cerner avec certitude la signification ou

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

le contenu de « l'activité politique » (19). De même, les réflexions sur le politique n'ont la plupart du temps pas été menées pour le travail judiciaire mais pour la fonction exécutive ou législative. Malgré tout, certaines descriptions sont transposables au travail judiciaire. On peut ainsi garder de la théorie politique l'idée défendue par Aron, dans son *À propos de la théorie politique*, que la politique se définit comme « le commandement de n'importe quel groupe humain » (20). Dire du juge de l'Union européenne qu'il est un acteur politique, c'est donc chercher s'il forme – et comment – des décisions qui ont une répercussion sur la vie de la société. L'idée de commandement s'entend souplement : elle suggère que le juge marque, influence, parfois modèle la vie sociale.

Partant de cette conception délibérément extensive, l'observation de la jurisprudence dans le domaine de l'immigration et l'asile pourra conduire à dégager plusieurs sens de l'activité politique du juge de l'Union européenne. Mais au préalable, il importe de savoir avec précision ce qui peut être pris en compte pour observer et rendre compte de l'activité politique du juge. On propose ici de mettre la focale sur les opérations politiques du juge européen.

B. – À la recherche des opérations politiques du juge européen

L'approche retenue pour réfléchir au rôle politique du juge de l'Union européenne en matière d'immigration et d'asile est une lecture microscopique de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. La focale est placée sur les opérations du juge. L'enjeu est en effet de chercher à comprendre ce que fait le juge au quotidien, comment il « travaille » le droit. L'hypothèse faite est que c'est dans son maniement de la norme, des mots comme dans ses silences, que se niche son rôle politique tout autant que dans le caractère plus ou moins intégrationniste d'une décision. Non parce que le juge aurait un agenda caché. Mais parce que les normes de l'Union européenne sur l'immigration et l'asile sont autant de données brutes que le juge va pétrir. En d'autres termes, il s'agit de comprendre ce qui fait qu'une opération du droit ordinaire, i.e. le travail de lecture, d'interprétation, de raisonnement, d'argumentation, est ou devient une opération politique. Ce n'est pas le rôle politique au singulier qu'il s'agit ici de décrire mais bien plutôt

(19) Cette diversité de conceptions est d'ailleurs source de désaccords doctrinaux, la première des oppositions portant sur le sens de la distinction entre *le* et *la* politique.

(20) R. Aron, « A propos de la théorie politique », *Revue française de science politique*, 12e année, n° 1, 1962, pp. 5-26.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la diversité des opérations par lesquelles le juge joue un tel rôle politique. En somme, on admettra que le rôle politique du juge, quotidien, peut être détecté au détour de phrases anodines qui révèlent que le juge « construit » sa solution.

On s'accorde généralement sur l'idée que la marque du politique est d'opérer un choix. Aron le dit simplement, quand il considère que l'action politique, c'est le fait d'opérer « une décision entre des termes hétérogènes » (21). Suivant une telle ligne, on considèrera que le juge européen agit politiquement quand son raisonnement ou la solution à laquelle il parvient le conduisent à opérer un choix entre des intérêts, des principes ou valeurs divergents voire irréconciliables. Il peut d'ailleurs arriver que le juge mette en scène les tensions et oppositions. Tel est le cas quand il insiste sur le caractère irréconciliable des arguments développés par les parties, quand il met en relief la position de la Commission ou d'un gouvernement intervenant à l'instance ou encore quand il détaille la position de l'avocat général pour s'en distancier ensuite. Cette description du litige et des arguments des parties n'est pas un travail purement descriptif : elle participe de la « construction » de la scène.

Ayant rendu compte de positions (parfois radicalement) opposées, le juge fait un ou des choix. La jurisprudence dans le domaine de l'immigration et l'asile, sur ce point, n'est sans doute pas originale. Sur la forme, le choix du juge s'exprime par diverses formules : « le droit de l'Union européenne s'oppose à/ le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas » ou « les États sont liés par… », les « États doivent… », « l'étranger ne peut… », etc. La Cour de justice dans ces cas épuise le litige migratoire. Sur le fond, la Cour tranche entre les intérêts des migrants et ceux des États. Certains arrêts traduisent la volonté manifeste de privilégier un des termes. Le juge peut ainsi mettre ostensiblement le curseur sur la protection de la personne. À cette fin, il mobilise les droits fondamentaux des étrangers (22) – en se référant le cas échéant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (23). De même, le juge de l'Union européenne insistera sur le fait que les États membres sont liés par les exigences du droit de l'Union européenne. À l'inverse, le juge de l'Union pourra préférer placer le curseur du côté des intérêts étatiques. Dans ce cas, elle utilise des formules directes :

(21) *Ibid.*, p. 12.

(22) Voy. par exemple CJUE, 18 décembre 2014, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c/ Moussa Abdida*, aff. C-562/13, EU:C:2014:2453, pts 42 et s.

(23) À plusieurs reprises dans la même affaire *Abdida*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« le droit de l'Union européenne n'impose ni n'interdit aux États » ; « il appartient aux États d'établir », etc. À moins qu'elle ne recoure à une réserve d'ordre public ou décide que le litige ou le requérant se situe hors du champ d'application du droit de l'Union européenne et donc hors du champ d'application de la Charte (24).

Mais une telle description de la jurisprudence ne rend compte du rôle politique de la Cour de justice que de façon très superficielle. Car la vocation de tout juge n'est-elle pas de « trancher » un litige, autrement dit de se placer entre deux visions antagonistes ? Si l'on devait considérer comme activité politique toute décision du juge qui le conduit à trancher entre des intérêts contraires, l'on parviendrait rien moins qu'à la conclusion que toute l'activité du juge européen est politique. Il faut donc compléter la définition du politique retenue.

L'hypothèse faite ici est que trancher entre des termes hétérogènes, ce n'est pas seulement placer le curseur entre deux intérêts divergents. Le « pouvoir politique » du juge consiste à arbitrer entre plusieurs interprétations possibles d'un texte applicable à un litige (25). Mais pour que l'on puisse voir un « pouvoir » dans le travail du juge, il faut que le choix entre l'une ou l'autre interprétation soit indécidable sur la base du seul texte. La décision politique du juge, acteur politique singulier, se niche donc dans cet écart entre le commandement du législateur contenu dans le texte dont le juge est l'interprète et le commandement qui constitue la décision du juge. Or ce que révèle l'observation attentive de la jurisprudence, c'est que la Cour de justice n'est pas un acteur passif qui « reçoit » un cas (un litige) et hérite d'un choix entre deux sens possibles à donner au texte applicable à l'espèce. En réalité, le juge de l'Union européenne est un acteur politique quand et parce qu'il construit sa capacité de choisir entre les différentes interprétations possibles d'un ou plusieurs textes applicables à une espèce (des faits) qu'il construit juridiquement. Tout choix est donc permis par des opérations préalables qui le rendent nécessaire et possible.

Dans un premier temps, la Cour s'attache à construire une alternative. Ce n'est pas des intérêts divergents des parties dont il s'agit : c'est surtout de la nécessité, pour régler le litige, de trancher entre des interprétations qui sont irréconciliables. Ce que le juge relate (et souligne), ce sont les différentes interprétations possibles du texte. Il le fait soit en rendant compte du désaccord interprétatif entre les gouvernements

(24) CJUE (gde ch.), 7 mars 2017, *X et X c/ État belge*, aff. C-638/16, préc.
(25) Sens retenu dans cet ouvrage (Voy. L. Clément-Wilz, Introduction).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

intervenants à l'instance, soit en montrant l'écart entre les positions nationales et la lecture de la Commission (26), soit encore en soulignant son propre désaccord avec les conclusions de l'avocat général. Dans ces différents cas, le juge doit convaincre son lectorat qu'il y a un débat possible. Dans un second temps seulement, le juge peut trancher, c'est-à-dire choisir. En d'autres termes, malgré l'apparence d'un raisonnement linéaire et logique, la décision découle d'un travail méthodique et préliminaire qui se compose d'une série d'opérations politiques.

Prenons quelques exemples pour montrer comment cela se traduit concrètement dans la jurisprudence sur l'immigration et l'asile. L'opération par laquelle le juge s'attache à mettre en évidence la pluralité de sens du texte applicable à l'espèce est souvent visible. Dans de nombreuses affaires, on voit ainsi le juge constater l'écart possible entre la lettre du texte et son économie générale. Dans l'affaire *Gezelbasch* (27) relative aux articles 12 et 27 du règlement dit « Dublin » (28), la Cour considère que l'étendue du droit au recours doit être déterminé en fonction « du libellé des dispositions de ce règlement, de son économie générale, de ses objectifs et de son contexte, notamment de l'évolution qu'il a connue en lien avec le système dans lequel il s'inscrit » (29). Dans l'affaire *Abdida*, la lecture des articles 14 et 9§1 de la directive dite « Retour » (30) est immédiatement suivie d'une recherche de son sens par référence à l'économie du texte : « il ressort de l'économie générale de la directive 2008/15 dont il convient de tenir compte que (…) » (31).

Parfois, la pluralité de sens est étayée par le constat d'une double nature du texte. Dans le même arrêt *Gezelbasch*, la Cour décrit le Règlement « Dublin » comme un mécanisme interétatique et un mécanisme protecteur des droits des migrants : le législateur de l'Union « ne s'est pas limité à instituer des règles organisationnelles gouvernant uniquement les relations entre les États membres (…) mais a décidé d'associer à ce processus les demandeurs d'asile, en obligeant les États membres

(26) Cela apparaît nettement dans l'arrêt *Arslan*, CJUE, 30 mai 2013, *Mehmet Arslan*, aff. C-534/11, EU:C:2013:343.

(27) CJUE, 7 juin 2016, *Mehrdad Ghezelbasch*, aff. C-63/15, EU:C:2016:409.

(28) Règlement (UE) n ° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JOUE* nº L 180, 29 juin 2013, p. 31.

(29) Pt 35.

(30) Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *JOUE* nº L 348, 24 décembre 2008, p. 98.

(31) Pt 57.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à les informer des critères de responsabilité et à leur offrir l'occasion de fournir les informations permettant la correcte inapplication de ces critères, ainsi qu'en leur assurant un droit de recours effectif contre la décision de transfert éventuellement prise à l'issue du processus ». Une telle description du système Dublin ouvre la possibilité à deux interprétations différentes du même texte. En insistant sur ce point, la Cour ouvre un espace de sens conflictuels, une zone de choix entre deux termes hétérogènes pour reprendre la formule d'Aron.

Dans la même lignée, la Cour est souvent conduite, au moment du rappel du droit applicable, à mettre en exergue la volonté politique européenne. Or se placer dans la filiation du Conseil européen de Tampere, de La Haye, de Bruxelles ou de Stockholm, n'est pas anodin : on sait combien chacun de ces Conseils européens a été l'occasion de définir les grandes orientations politiques du régime commun en matière d'immigration et d'asile : plus ou moins sécuritaire, plus ou moins axée sur la lutte contre l'immigration irrégulière, etc. Le seul fait de se placer sous l'égide de l'un ou l'autre Conseil européen met donc l'interprétation du texte sous influence politique. Ce faisant, le juge énonce que la norme applicable doit être contextualisée. Le juge souligne l'écart qui existe entre la règle précise et technique qu'il doit appliquer et le sens profond, véritable, de la norme qui contient cette disposition.

Enfin, ayant insisté sur la pluralité de sens possibles du texte, le juge peut alors assurer qu'il a une possibilité de choisir entre les branches de l'alternative. Dans de nombreuses affaires, la Cour utilise alors les formules suivantes : « le texte, en l'état actuel » (32) ou le texte « ne tranche pas la question de savoir ». Ce faisant, la Cour étaye sa capacité de choisir entre plusieurs sens disponibles et justifie le choix qu'elle va opérer. Le rôle politique du juge s'exprime par conséquent, comme toute autre autorité politique, dans l'exercice d'un choix. Mais ce rôle politique n'est pas seulement localisé dans le moment du choix ; en réalité il se trouve tout autant dans le travail réalisé en amont. Dit autrement, le rôle politique ne se résume pas à trancher le litige : il est contenu dans la part d'interprétation juridique de la norme applicable par laquelle la Cour formule l'existence d'une alternative entre des sens conflictuels et s'arroge la possibilité de préférer un sens sur l'autre.

(32) Par exemple, CJUE, 30 mai 2013, *Mehmet Arslan*, aff. C-534/11, préc., pt 55 (à propos de l'application de la directive retour à un ressortissant Turc placé en rétention en République tchèque en vue de son éloignement et ayant, lors de la période de rétention, introduit une demande de protection internationale).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

En somme, la notion de rôle ou activité politique du juge de l'Union européenne doit être maniée avec précaution. Si l'on souhaite éviter toute qualification hasardeuse ou vide de sens, il est préférable – telle est en tous cas l'option choisie dans cette contribution et dans cet ouvrage en général – de renoncer à rechercher une essence du rôle politique du juge. À l'inverse, on peut essayer de déduire de certaines opérations du juge le sens de son activité politique.

II. – Sur deux sens du rôle politique de la Cour de justice en matière d'immigration et d'asile

L'activité politique du juge de l'Union européenne n'est à l'évidence pas propre au domaine de l'immigration et l'asile même si celui-ci est généralement considéré comme une matière éminemment politique – la régulation des flux migratoires et le contrôle des frontières sont intimement liés à la souveraineté étatique-. Toutefois, il est possible de souligner deux sens particuliers de l'activité politique du juge de l'Union européenne dans le domaine migratoire. On observe d'abord que le juge de l'Union européenne est un juge politique parce que et quand il statue sur l'exception(nel) (A). Ensuite, le juge a un rôle politique quand il pose les conditions d'une vie en société à laquelle les migrants sont invités. Il « travaille » les normes sur l'immigration et l'asile en décrivant, même s'il le fait implicitement, un modèle de vie en société (B).

A. – La Cour de justice, juge de l'exception(nel)

Il est un sens de l'activité politique de la Cour de justice qui prend un relief particulier dans la jurisprudence récente en matière d'immigration et d'asile : juger de l'exception et de l'exceptionnel. Être juge de l'exceptionnel, c'est être celui qui décide si et quand il y a une nécessité de déroger à la règle ordinaire et s'il faut corriger, en raison des faits de l'espèce et du contexte, l'application de la règle de droit commun. Or incontestablement, la crise migratoire que connaît l'Union européenne depuis 2015 a fait surgir l'exceptionnel dans le prétoire du juge. Le rôle politique du juge européen est sans doute devenu plus apparent dans les dernières années précisément parce qu'il a eu à traiter de l'urgence, d'arrivées massives et désordonnées de migrants, de la nécessité de recourir à des actions dérogatoires, temporaires, inhabituelles. En définissant et circonscrivant le champ de l'exceptionnel et de l'exception en droit de l'Union européenne, le juge assume plus explicitement un rôle politique.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

En pratique, la CJUE est donc conduite à deux types d'action dont on peut rendre compte ici : elle doit d'abord statuer sur le caractère exceptionnel (ou non) de la situation qui lui est présentée. Elle doit ensuite décider si cette situation exceptionnelle justifie une exception – au sens de dérogation – au droit commun. L'affaire *Slovaquie et Hongrie contre Conseil* (33) du 6 septembre 2017 est éclairante de cette chronologie. La Cour devait se prononcer sur la légalité de la décision 2015/1601 du Conseil, du 22 septembre 2015, instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce (dite « décision relocalisation »). La réponse était très attendue car les États du groupe de Visegrad avaient indiqué publiquement leur opposition à un mécanisme de relocalisation obligatoire (34). Les moyens portaient essentiellement sur la base juridique de la décision relocalisation et le respect de la procédure décisionnelle. Les États requérants contestaient notamment le fait que la décision relocalisation ait été adoptée sur le fondement de l'article 78, paragraphe 3, TFUE (35). Ils considéraient notamment que la décision attaquée ne respectait pas la condition selon laquelle l'État membre bénéficiaire des mesures provisoires doit se trouver « dans une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers ». Pour les requérants, l'afflux de ressortissants de pays tiers sur les territoires grec et italien au cours de l'année 2015 ne pouvait être qualifié de « soudain » dès lors qu'il s'inscrivait dans le prolongement d'un afflux déjà important constaté durant l'année 2014 ; il était prévisible.

La Cour refuse cette logique et juge que « peut être qualifié de « soudain » un afflux de ressortissants de pays tiers d'une ampleur telle qu'il était imprévisible, « et ce alors même qu'il prendrait place dans un contexte de crise migratoire s'étalant sur plusieurs années, dès lors qu'il rend impossible le fonctionnement normal du système commun d'asile de l'Union » (36). Pour parvenir à cette conclusion, la Cour procède à un très long examen des éléments de fait. Elle rappelle ainsi que la décision attaquée est intervenue dans le contexte de la crise migratoire, qui a frappé l'Union à partir de l'année 2014 puis s'est accrue durant l'année

(33) CJUE, 6 septembre 2017, *République slovaque et Hongrie c/ Conseil*, aff. jtes C-643/15 et C-647/15, préc.

(34) Joint Statement of the Heads of Government of the Visegrad Group Countries, Prague, September 4, 2015, http://www.visegradgroup.eu/calendar/2015/joint-statement-of-the-150904.

(35) Art. 78, § 3, TFUE : « Au cas où un ou plusieurs États membres se trouvent dans une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures provisoires au profit du ou des États membres concernés. Il statue après consultation du Parlement européen. »

(36) Pt 114.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2015. La Cour s'attache alors à chiffrer le phénomène en se référant avec détails aux données de Frontex et d'Eurostat. Elle souligne ainsi qu'au cours de l'année 2015, 1,83 million de franchissements irréguliers des frontières extérieures de l'Union ont été dénombrés contre 283 500 s'agissant de l'année 2014 (37). Cela permet à la Cour de juger que « dans de telles conditions », le Conseil pouvait qualifier de « soudaine » au sens de l'article 78, paragraphe 3, TFUE, une telle augmentation même si elle s'inscrivait dans le prolongement d'une période d'arrivées déjà massives de migrants.

On le voit, la crise et le caractère exceptionnel des flux de migrants arrivant dans l'Union européenne justifient un pouvoir d'appréciation politique, que le juge reconnaît au législateur. La base juridique d'urgence, que représente l'article 78, paragraphe 3, peut donc être utilisée. Pourtant, les requérants contestaient le recours à cette base juridique. Ils soutenaient que la décision relocalisation, étant conçue explicitement comme une dérogation au règlement « Dublin », aurait dû être adoptée sur la même base juridique que le règlement. La Cour en a jugé autrement : elle a accepté de voir dans une réalité factuelle particulière étayée par des données chiffrées une situation exceptionnelle qui justifie le recours à une base juridique de crise. Pour y parvenir, la Cour a donc considéré que la situation relevait bien de « l'exceptionnel » prévu par l'article 78, paragraphe 3. Sans conteste dans cette opération, la Cour a un rôle politique.

Juger de l'exceptionnel peut être moins spectaculaire, quand la Cour n'a pas à statuer sur un phénomène massif, quantitativement anormal mais sur une situation personnelle si grave qu'elle appelle un traitement dérogatoire. L'affaire *CK* (38) *e*n est un bon exemple. Dans cette affaire relative à l'interprétation des articles 3, paragraphes 2 et 17, paragraphe 1 du règlement « Dublin III », la Cour insiste sur la situation spécifique de la requérante. Celle-ci, qui fait l'objet d'une mesure de « transfert Dublin » de la Slovénie vers la Croatie, est particulièrement vulnérable en raison de ses difficultés psychiatriques et de tendances suicidaires sur laquelle la Cour insiste en qualifiant son état de santé de « particulièrement grave ». Cette première étape du raisonnement, qui consiste à admettre le caractère non ordinaire de la situation, est

(37) Pt 116. Elle ajoute aussi que, au cours de l'année 2015, près de 1,3 million de migrants ont demandé une protection internationale dans l'Union contre 627 000 au cours de l'année précédente. Puis suit une longue analyse statistique de la situation en Grèce et en Italie concernant tant le franchissement irrégulier des frontières que le nombre de demandes d'asile.

(38) CJUE, 16 février 2017, *C. K.*, *H. F.*, *A. S.*, *c/ Republika Slovenija*, aff. C-578/16 PPU, EU:C:2017:127.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

essentielle car elle conditionne la seconde étape du raisonnement, dans lequel la Cour admet un traitement d'exception, c'est-à-dire dérogatoire.

C'est en raison de l'exceptionnelle gravité de l'état de santé de la requérante que la Cour admet la nécessité d'une interprétation par exception du Règlement « Dublin ». Lu à la lumière de la Charte des droits fondamentaux, ce règlement impose « que l'État d'origine ait une obligation de ne pas opérer un « transfert Dublin » quand il est possible que le transfert entraîne un risque avéré que l'intéressé subisse des traitements inhumains ». La solution est importante car en l'espèce il n'y avait aucun risque de défaillance systémique dans l'État de transfert (la Croatie), ce qui pouvait conduire à refuser la suspension du transfert. Telle était d'ailleurs la position de l'avocat général qui mettait l'accent sur la nécessité de garantir le principe de confiance mutuelle entre États. Pourtant la situation exceptionnelle justifiera une autre solution : « ladite interprétation (…) assure que les situations exceptionnelles envisagées dans le présent arrêt sont dûment prises en compte par les États membres » (39). Notons qu'au soutien de sa solution, la Cour a eu recours à la Charte des droits fondamentaux et à la valeur dignité humaine visée à l'article 1er de la Charte.

Le plus souvent, la Cour énonce clairement qu'elle entre dans le champ d'une exception. Tel est le cas de l'affaire *C.K.* mais aussi de l'arrêt *Abdida* (40), relative à l'interprétation de l'article 14, paragraphe 1, de la directive « Retour » et son application au cas d'un étranger atteint d'une grave maladie lorsque l'exécution de la décision de retour est susceptible de l'exposer à un risque sérieux de détérioration grave et irréversible de son état de santé. Le juge national souhaitait savoir si le droit de l'Union européenne peut être interprété comme obligeant l'État de prévoir un recours suspensif contre la décision de refus de droit de séjour et l'ordre de quitter le territoire et de prendre en charge les besoins élémentaires du requérant jusqu'à ce qu'il soit statué sur le recours introduit contre cette décision d'éloignement. La Cour se fonde à nouveau sur la situation exceptionnelle. Elle juge que « dans des cas très exceptionnels où l'éloignement de l'étranger atteint d'une grave maladie vers un pays dans lequel les traitements adéquats n'existent pas violeraient le principe de non-refoulement, les États ne peuvent donc pas (…) procéder à cet éloignement » (41). La Cour y insiste : « En parti-

(39) Pt 95.

(40) CJUE, 18 décembre 2014, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c/ Moussa Abdida*, aff. C-562/13, préc.

(41) Pt 48.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

culier dans une situation telle que celle en cause au principal » (42), l'État membre concerné est tenu de prendre en charge dans toute la mesure du possible les besoins de base d'un ressortissant d'État tiers atteint d'une grave maladie lorsque celui-ci est dépourvu des moyens de pourvoir lui-même à ses besoins ».

Pour signaler le caractère dérogatoire de la décision, la Cour de justice recourt souvent à la formule « cela étant » qui lui permet d'annoncer le travail de particularisation qu'elle opère. Ainsi, dans l'arrêt *CK*, après avoir rappelé les exigences du règlement « Dublin » et souligné la nécessité d'appliquer strictement ce droit (« un État membre auprès duquel une demande d'asile a été introduite est tenu de suivre les procédures prévues au chapitre VI du même règlement » (43)), la Cour ajoute : « cela étant, les règles du droit dérivé de l'Union, y inclus les dispositions du règlement « Dublin III », doivent être interprétées et appliquées dans le respect des droits fondamentaux garantis par la Charte (…) » (44). Ceci précisé, l'appel à la Charte et à la dignité, valeur de l'Union européenne, ne pouvait que renforcer la décision d'une interprétation protectrice de l'individu justifiant une application aménagée du règlement « Dublin ».

Dans ces différentes affaires, la référence au caractère exceptionnel d'une situation conduit donc la Cour, en introduisant un traitement correcteur de la norme, à injecter une dose d'équité dans sa décision. C'est sans doute pourquoi l'avocat général Mengozzi (45) qui plaidait dans l'affaire *X*, *X contre Belgique* (46) contre une application formelle de l'article 25 du code communautaire des visas, insistait sur le caractère exceptionnel de l'espèce. Avec forces détails, il soutenait que son interprétation du code des visas à la lumière de la Charte « en raison d'une situation très exceptionnelle », devait conduire à la reconnaissance d'une obligation positive d'accorder un visa humanitaire à des Syriens qui veulent un visa temporaire pour aller déposer une demande d'asile en Belgique quand le refus les exposerait à un traitement contraire à l'article 4 de la Charte. La Cour, on le sait, ne l'a pas suivi sur ce terrain. Elle n'ignore pas tout à fait le caractère exceptionnel de la situation puisqu'au moment d'examiner le recours à la procédure d'urgence, elle rappelle que la juridiction de renvoi a invoqué la situation

(42) Pt 59.
(43) Pt 58.
(44) Pt 59.
(45) Conclusions de l'avocat général M. P. Mengozzi, présentées le 7 février 2017, EU:C:2017:93.
(46) CJUE, (gde ch.), 7 mars 2017, *X et X c/ Etat belge*, aff. C-638/16 PPU, EU:C:2017:173.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dramatique du conflit armé en Syrie, le bas âge des enfants des requérants au principal, le profil particulièrement vulnérable de ces derniers, lié à leur appartenance à la communauté chrétienne orthodoxe. Mais sobrement, la Cour se contente d'observer que les requérants au principal couraient le risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, « ce qui doit être considéré comme étant un élément d'urgence justifiant l'application des articles 107 et suivants du règlement de procédure » (47).

Qu'il s'agisse d'introduire de l'équité dans une solution que l'application stricte du droit rendrait injuste, ou d'admettre que l'existence de faits inhabituels ou quantitativement hors norme commande de plier l'application de la règle aux circonstances particulières, la Cour endosse sans sourciller un rôle politique. C'est en revanche de façon plus discrète, et moins explicitement qu'elle participe à l'édification de la « société » européenne.

B. – La Cour de justice, juge du vivre-ensemble avec les migrants

Il est un deuxième sens du « juge politique » qui joue un grand rôle dans l'orientation de la politique d'immigration et d'asile de l'Union européenne. Pour le saisir pleinement, il faut accepter de retenir une conception large du terme *politique*, qui renvoie au fonctionnement de la cité, à l'édification de la société. Cette idée est très présente dans les travaux de science politique qui insistent sur l'idée que l'activité politique est « l'activité qui consiste à former un édifice humain » (48).

En partant de cette formule, on dira que le juge de l'Union européenne est un acteur politique quand il participe à la définition de l'édifice humain communautaire. Cette idée permet d'éclairer certains pans de la jurisprudence sur l'immigration et l'asile. Elle souligne que, par-delà la casuistique, la jurisprudence forge progressivement une certaine conception de la société européenne que forment les citoyens de l'Union avec les étrangers. Là se trouve le caractère constructif du travail politique du juge. Il oriente la physionomie de la « politique » d'immigration et d'asile de l'Union européenne en injectant ou confortant des représentations sur les comportements ou caractéristiques attendus des

(47) Pt 33. Pour une critique du raisonnement de la Cour, Voy. aussi, L. Paillet, « L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux », *cet ouvrage*

(48) B. de Jouvenel, *De la souveraineté. A la recherche du bien politique*, Paris, éd. Genin, 1955, pp. 32-33, cité in R. Aron, *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

migrants. Il suggère une certaine manière d'entrer en société. On peut déceler dans la jurisprudence une figure de l'étranger et une figure de la société européenne dans laquelle cet étranger est appelé à entrer.

1° – *L'étranger vu par le juge : un être à protéger mais sans agentivité* (49)

Le corpus, formé du droit originaire et dérivé sur l'asile et l'immigration, contient une catégorisation des ressortissants d'États tiers, à qui sont accordés des droits et des obligations, sur la base de conditions et critères précis. Cet ensemble normatif révèle les préférences du constituant ou du législateur pour certaines catégories d'étrangers que l'on veut protéger ou attirer et pour certains comportements que l'on veut accompagner ou encourager. Or la jurisprudence traduit d'autres préférences et surtout une certaine conception de la manière dont l'Union européenne doit régir la condition des étrangers. D'abord, la Cour soutient – de façon presque militante – la construction d'une politique de l'Union européenne protectrice des à l'égard des migrants désignés comme vulnérables. Ensuite, la jurisprudence donne à voir une réticence – voire une méfiance – à l'égard de l'autonomie laissée des étrangers.

De nombreuses affaires sont ainsi l'occasion pour la Cour de chercher à placer des personnes dites vulnérables sous le manteau protecteur du droit de l'Union européenne. Dans l'affaire *C.K.*, la vulnérabilité de la requérante lui vient de sa fragilité sur le plan psychiatrique ; dans l'affaire *Abdida*, l'état de santé très fragile du requérant est souligné par le juge pour convaincre du risque fatal en cas de renvoi dans son État d'origine. Dans ces affaires, la Cour « isole » de nouvelles catégories de personnes qui, selon elle, méritent une protection particulière. Bien sûr, le droit dérivé vise aussi des catégories de personnes vulnérables : les mineurs isolés, les personnes souffrant de maladie ou handicap grave, etc (50). Mais dans les affaires *C.K.* et *Abdida*, la vulnérabilité est ajoutée par le juge pour justifier un traitement qui ne découlait pas du texte. Il faut souligner combien le juge, par cette construction propre de la vulnérabilité, s'efforce d'orienter la politique d'immigration et d'asile dans un sens protecteur de ceux qu'il désigne comme très faibles. Le

(49) C'est ici la traduction en français (proposée par les Canadiens) de l'*agency* qui a été retenue pour décrire la faculté d'action d'un être, sa capacité à agir sur le monde, les choses, les êtres, à les transformer ou tenter de les influencer.

(50) On les trouve mentionnées aussi bien dans le règlement « Dublin » que dans la directive « Retour ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

juge façonne incontestablement la politique commune en ajoutant aux textes.

En revanche, la Cour refuse de garantir – ou simplement prendre en compte – l'autonomie personnelle ou la volonté de ces étrangers, même les plus faibles. Ils sont sujets du droit de l'Union européenne en tant qu'ils sont objet de protection mais le juge refuse de les considérer comme des sujets autonomes et actifs. Un exemple patent de cette approche est l'affaire *Thi Ly Pham* (51) relative à une étrangère placée en rétention aux fins d'organisation de son éloignement. Alors que la directive « Retour », applicable à l'espèce, prévoit que les États placeront en rétention les étrangers dans des lieux séparés des prisonniers de droit commun, la requérante avait indiqué aux autorités allemandes qu'elle préférait être placée en prison avec des compatriotes plutôt qu'en centre de rétention mais isolée de ses concitoyens. Le Gouvernement allemand faisait valoir que l'objectif de l'obligation de séparer les retenus et les prisonniers de droit commun, dans la directive, est de préserver le bien-être et l'intérêt du ressortissant d'État tiers en séjour irrégulier, de sorte que l'étranger doit être en mesure d'y renoncer dans une circonstance comme celle de l'espèce. Étonnement, la Cour refuse et procède à une lecture excessivement formelle de la directive « Retour ». Elle juge ainsi que l'obligation de séparation n'est assortie d'aucune exception et constitue une garantie de respect des droits expressément reconnue par le législateur de l'Union européenne. Pour la Cour, cette règle n'est pas une simple modalité d'exécution d'un placement en rétention mais bien une condition de fond. Ni l'État allemand ni Mme Thi Ly Pham ne sont autorisés à décider de ce qui contribuerait à son bien-être.

Ce faisant, la Cour ne laisse aucune place pour la volonté et le choix de l'étranger. Il lui est dénié le droit de pouvoir décider de ses conditions de vie, la Cour estimant que le législateur de l'Union européenne a tranché définitivement cette question. La Cour refuse donc toute forme d'agentivité aux ressortissants d'État tiers. Leur statut est intégralement pris en charge par l'Union. Quand un texte envisage une règle dont la finalité est protectrice de leurs intérêts, il n'est pas possible d'écarter l'application de la lettre du texte au bénéfice de son esprit car cela reviendrait à accorder une autonomie au sujet dans laquelle la Cour voit manifestement un danger. L'affaire *Selver Saciri* se situe dans la même lignée (52). Elle est relative au refus de l'agence fédérale

(51) CJUE, 17 juillet 2014, *Thi Ly Pham*, aff. C-474/13, EU:C:2017:2096.
(52) CJUE, 27 février 2014, *Saciri*, aff. C-79/13, EU:C:2014:103.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'asile belge d'accorder à la famille Saciri une aide sociale en raison de l'impossibilité d'assurer son accueil dans un centre dédié à l'accueil des demandeurs d'asile. La Cour insiste sur la vulnérabilité de la famille et fait plusieurs références à la dignité de la personne humaine. Elle en conclura que la saturation des réseaux d'accueil ne peut pas justifier une quelconque dérogation au respect des normes de la directive accueil. Mais cela ne l'empêche pas de préciser que « les dispositions de la directive 2003/9 ne sauraient être interprétées en ce sens qu'il convient de laisser aux demandeurs d'asile le choix d'un logement à leur convenance personnelle » (53).

Cette raideur de la Cour à l'égard de l'autonomie des étrangers la conduit d'ailleurs, dans l'affaire *El Kott* (54), à priver un demandeur d'asile d'une forme de protection. L'affaire est relative au rejet d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié à des Palestiniens qui relevaient auparavant de la zone d'intervention de l'UNRWA. Or la directive « Qualification » (55) prévoit que, pour pouvoir prétendre au statut de « réfugié », il faut que soit constatée la cessation de la protection par un organisme ou une institution des Nations-Unies autre que le HCR « pour quelque raison que ce soit ». La Cour interprète très restrictivement cette condition de cessation de la protection. Pour qu'elle soit remplie, il faudrait que la personne cesse de bénéficier de la protection de l'UNRWA « pour une raison qui échappe à son contrôle et indépendante de sa volonté ». Cela ne s'applique donc qu'à l'hypothèse où la personne a été « contrainte » de quitter la zone d'opération de cet organisme mais pas au cas où elle le décide (56). À nouveau le juge exprime son refus de permettre aux ressortissants d'État tiers de disposer à leur guise du régime de protection offert par le droit de l'Union européenne. Ce sont des conditions objectives qui doivent gouverner leur protection, pas leur volonté subjective.

Une lecture conjointe de ces deux corps de jurisprudence sur la vulnérabilité et l'autonomie permet de mettre en lumière les choix

(53) Pt 43.

(54) CJUE, 19 décembre 2012, *Mostafa Abed El Karem El Kott et al.*, aff. C-364/11, EU:C:2014:826.

(55) Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, *JOUE* n° L 337, 20 décembre 2011, p. 9.

(56) Il appartient par conséquent au juge national de vérifier que le départ de la personne concerné est bien justifié par de tels motifs « échappant à son contrôle et étant indépendants de sa volonté qui la contraignent à quitter cette zone ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

politiques du juge en la matière. La politique d'immigration et d'asile, modelée par le juge de l'Union européenne, est pensée comme une politique publique régissant, depuis le haut, la vie de la personne. Elle est tournée vers le contrôle et l'assistance (pour ne pas dire l'assistanat) et réticente à toute forme de libre arbitre ou d'autonomie personnelle des étrangers (57). On arguera, à juste titre, que cette logique est largement présente en droit dérivé. La réforme du règlement « Dublin » témoigne à suffisance du refus de permettre aux demandeurs d'asile d'être des sujets maîtres de leur destin mais aussi d'une attention marquée aux plus vulnérables (les mineurs, les personnes souffrant de handicap ou maladie grave) (58). Toutefois rien n'habilite ni n'impose à la Cour de diffuser cette représentation hors des textes qui la consacrent. En répandant cette figure de l'étranger qu'elle construit, la Cour joue donc un rôle politique qui l'expose à la critique. D'autant que la Cour, en diffusant ses préférences pour certaines caractéristiques ou comportements des étrangers dans l'Union européenne, dessine aussi les traits de la société européenne dans laquelle ces migrants sont appelés à vivre.

2° – *La société européenne vue par le juge : une société cohésive et méritocratique*

En décrivant les comportements attendus des ressortissants d'États tiers, la Cour dessine en creux la physionomie de la société européenne dans laquelle les étrangers sont appelés à s'insérer. C'est surtout la jurisprudence relative à l'intégration qui permet de dresser ce constat. On sait qu'en droit de l'Union européenne, le critère d'intégration sociale joue un rôle important, pour les ressortissants d'États tiers comme pour les citoyens de l'Union (59). Mais si l'intégration est essentiellement un objectif, s'agissant des citoyens de l'Union européenne, elle est généralement une condition d'accès aux droits pour les ressortissants d'État tiers. Cette précision est importante parce que de nombreuses dispositions de droit dérivé sont interprétées à l'aune de

(57) Entendue ici au sens de capacité d'agir, d'auto-détermination de sa vie et son identité et capacité à participer au changement social.

(58) Voy., pour l'exemple le plus caricatural de cette approche : Proposition de la Commission de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM(2016) 270 final.

(59) On se permet de renvoyer à notre étude : S. Barbou des Places, « The integrated person in EU Law », in L. Azoulai, S. Barbou des Places et E. Pataut (dir.), *Constructing the Person in EU Law. Rights, Roles, Identities*, Hart Publishing 2016, pp. 179-202.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'« exigence » d'intégration. Ainsi dans l'affaire *Noorzia* (60), relative à une réglementation qui exige, pour le regroupement familial, que le regroupant et le conjoint aient atteint l'âge de 21 ans au moment du dépôt de la demande de regroupement familial, la Cour considère que la directive sur le regroupement familial (61) ne s'oppose pas à une telle exigence. La raison en est que cet âge minimum « correspond à l'âge auquel une personne est censée avoir acquis une maturité suffisante non seulement pour se refuser à un mariage imposé » mais également pour choisir de s'installer volontairement avec son conjoint « pour y mener une vie familiale avec lui et s'y intégrer » (62).

Une telle affaire participe de la jurisprudence dans laquelle la Cour construit une véritable « injonction à l'intégration » (63), l'individu devant aller jusqu'à donner des preuves de son insertion sociale. Ainsi, dans l'arrêt *P. et S.* du 4 juin 2015, la Cour admet qu'un État (les Pays-Bas) impose à des résidents de longue durée de passer et réussir un test d'intégration civique. Certes, la directive « Résident de longue durée » (64) autorise les États à instaurer des tests d'intégration (65). Mais le juge néerlandais demandait à la Cour si cette obligation, appliquée à des personnes déjà titulaires du statut de résidents de longue durée, ne devait pas être considérée comme contraire à la directive. La Cour rappelle que ces tests sont légaux et légitimes car leur objectif est l'intégration des ressortissants des États tiers dans la société d'accueil. L'examen permet en effet de contribuer à l'acquisition par l'étranger de connaissances (66) nécessaires pour établir des liens avec la société d'accueil et communiquer avec les ressortissants nationaux, ce qui « favorise l'interaction et le développement de rapports sociaux entre ceux-ci » (67). Toutefois, ajoute la Cour, « tandis qu'il peut être présumé que des nationaux disposent de telles aptitudes, il n'en va pas

(60) CJUE, 17 juillet 2014, *Marjan Noorzia*, aff. C-338/13, EU:C:2014:2092.

(61) Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *JOUE* n° L 251, 3 octobre 2003, p. 12.

(62) Pt 15.

(63) Pour reprendre l'expression de Danièle Lochak décrivant le droit français : D. Lochak, « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration », *Cultures et Conflits*, 64, Hiver 2006. On se permet aussi de renvoyer à S. Barbou des Places, « Les frontières sociales de l'Europe », in S. Barbou des Places, E. Pataut et P. Rodière, *Les frontières de l'Europe sociale*, Paris, Pedone, Coll. Cahiers européens, 2018, 359 p.

(64) Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, *JOUE* n° L 16, 23 janvier 2004, p. 44.

(65) La directive permet en effet aux États membres d'exiger que les ressortissants d'États tiers satisfassent à des conditions d'intégration conformément à leur droit national (art. 5, § 2).

(66) Parmi lesquelles les aptitudes orales et écrites en langue néerlandaise et une connaissance de la langue néerlandaise.

(67) Pt 47.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de même s'agissant des ressortissants de pays tiers » (68). Elle ignore donc purement la qualité de résident de longue durée des requérants, ce qui revient à considérer que même après avoir résidé plus de 5 ans légalement sur le territoire néerlandais, un étranger peut être encore sommé de réussir un test d'intégration, sous peine de sanction. Il y a là un véritable « retournement » du critère d'intégration qui, dans la directive résidents de longue durée comme dans la directive regroupement familial, était conçu, non comme une *intégration-condition* mais comme une *intégration-objectif*.

Cette insistance du juge doit être prise au sérieux. La Cour affirme son attachement indéfectible à une société cohésive, dans laquelle aucun étranger ne doit rester replié sur lui-même : il doit être intégré. C'est d'ailleurs pourquoi la Cour accepte que les États membres imposent aux étrangers, non seulement de passer le test d'intégration mais aussi de le réussir. Telle est sa position dans l'arrêt *K et A* rendu le 9 juillet 2015 (69). Les Pays-Bas exigeaient des ressortissants d'États tiers, avant d'autoriser l'entrée et le séjour, qu'ils réussissent un test d'intégration civique payant qui comprenait l'évaluation d'une connaissance élémentaire de la langue et de la société de l'État d'accueil. La Cour rappelle que les mesures d'intégration doivent avoir pour but, non pas de sélectionner les personnes qui pourront exercer leur droit au regroupement familial mais de faciliter l'intégration de ces dernières (70). Les Pays-Bas étaient donc tenus de dispenser de l'obligation de réussir un tel examen les membres de la famille qui ne sont pas en mesure de s'y présenter en raison d'un handicap mental ou physique. L'on retrouve ici la figure de l'étranger vulnérable qui doit faire l'objet d'un traitement dérogatoire.

Il n'en reste pas moins que le juge de l'Union européenne admet sans hésiter qu'un État puisse imposer une obligation de « réussite ». Certes, admet la Cour, le critère de proportionnalité exige que les conditions d'application d'une telle obligation n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ledit objectif. Tel serait, notamment, le cas si l'application de ladite obligation « empêchait de manière automatique le regroupement familial des membres de la famille du regroupant lorsque, tout en ayant échoué à l'examen d'intégration, ceux-ci ont apporté la preuve de leur volonté de réussir cet examen et des efforts qu'ils ont

(68) Pt 42.

(69) CJUE, 9 juillet 2015, *K. et A.*, aff. C-153/14, EU:C:2015:453. L'affaire portait sur un test d'intégration civique imposé par la législation néerlandaise aux fins de regroupement familial.

(70) Pt 57.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

déployés à cette fin » (71) . Mais « compte tenu du niveau élémentaire des connaissances exigées pour réussir l'examen d'intégration civique en cause au principal, il y a lieu de considérer que, en principe, l'obligation de réussir un tel examen ne porte pas, en elle-même, atteinte à l'objectif du regroupement familial poursuivi par la directive 2003/86 » (72).

L'intégration est donc devenue un principe cardinal de la politique d'immigration et d'asile de l'Union européenne, notamment sous la plume du juge. Or pour lui, l'intégration n'est pas un fait : c'est une démarche, un processus. L'intégration est même conçue par la Cour comme un acte positif, un effort du ressortissant d'État tiers. C'est pourquoi si l'on rate le test d'intégration civique, il est nécessaire de le repasser, ce qui suppose de travailler encore pour améliorer ses connaissances. La Cour raisonne ici sur la base d'une conception implicite de ce qu'est ou doit être la société européenne. Le premier trait de cette société est d'être une société méritocratique : l'effort est valorisé, la connaissance aussi. Son second trait est d'être une société cohésive. L'importance des liens, des possibilités de relations inter-personnelles, est centrale dans cette jurisprudence, qui vient d'ailleurs rejoindre la démarche de la Cour dans sa jurisprudence sur la citoyenneté de l'Union.

Ces affaires sont donc bien politiques en ce sens qu'elles participent de l'édification de la vie sociale européenne. Le juge décrit un mode de vivre-ensemble en Europe. Ce faisant, il « fait société » au sens où il dessine un modèle de vie sociale qu'il applique aux étrangers, en dehors ou au-delà la lettre du texte. Le rôle politique du juge de l'Union européenne, dans le domaine de l'immigration et de l'asile, ne tient donc pas nécessairement à de grands arrêts aux conséquences politiques immédiates (l'annulation d'une norme de droit dérivé, la constatation d'un manquement étatique, par exemple) mais se joue aussi dans ces affaires quotidiennes relatives aux conditions de mise en œuvre des droits des étrangers. Cela doit nous convaincre que le rôle politique du juge n'est pas une essence mais bien un ensemble d'usages, de constructions. On ne pourra donc parler du rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne qu'au pluriel.

(71) Pt 56.
(72) Pt 55.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 16 - La politique d'immigration et d'asile
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CONCLUSIONS

Jean Paul Jacqué

Professeur émérite à l'Université de Strasbourg
Directeur général honoraire au Conseil de l'Union européenne

L'analyse du rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne a été longtemps menée par les spécialistes de science politique. Or l'intérêt de cet ouvrage et de la rencontre de Limoges est de montrer que les juristes ne se limitent pas à la simple exégèse d'une production judiciaire qu'ils considéreraient comme la bouche de la loi. Le présent ouvrage vise à présenter cet examen du rôle politique du juge non pas de manière globale, mais en s'appuyant sur des études sectorielles en tenant compte du contexte de chaque politique de l'Union. Ainsi, au lieu d'isoler quelques jugements considérés comme « politiques », il permet de rendre compte d'une approche propre à chaque politique, ce qui permet ensuite de construire une vision globale. Il est vrai que l'on pourrait éprouver un certain malaise à l'égard d'une pratique visant à isoler certaines décisions que l'on qualifierait de politiques. En tant qu'institution de l'Union, la Cour a un rôle politique naturel et contribue à sa place à modeler la société politique dans laquelle nous vivons. Tout litige implique un choix entre des thèses contradictoires et ce choix repose sur une vision de l'Union et de la société européenne. Cette vision est éclairée par des propos récents du Président de la Cour de justice sur le rôle de la doctrine (1). Il soulignait que l'intérêt essentiel de celle-ci était moins d'approfondir l'examen du droit applicable, mais de situer celui-ci dans son contexte économique et social afin de permettre au juge de mieux mesurer la portée de sa décision. L'important n'est pas le seul droit, mais *the law in context* ce qui atteste bien de la prise de conscience du rôle politique du juge.

1. Si notre sujet n'est pas propre au juge de l'Union, il existe cependant certaines spécificités quant au contexte dans lequel s'exerce

(1) https://blogdroiteuropeen.com/2016/04/22/le-president-koen-lenaerts-evoque-limportance-de-la-doctrine-en-droit-europeen/.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Conclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

son office dans l'Union. Tout d'abord, le droit occupe une place particulière dans l'Union européenne. Celle-ci a substitué à la régulation des rapports interétatiques fondée sur la puissance et la pression un système dans lequel ces rapports sont régis par la règle de droit. Non que la puissance respective des différents États membres ne joue aucun rôle, mais elle se dissimule souvent sous une couverture juridique. Les conflits d'intérêts s'expriment ainsi par le truchement d'une argumentation fondée sur l'interprétation des traités ou du droit dérivé. Le droit devient un langage commun réducteur des diversités. Mais la conséquence est qu'en se prononçant dans un contentieux portant en apparence sur l'interprétation d'une règle de droit, le juge tranche en fait un conflit politique. Cependant, à partir du moment où les États en acceptent de jouer le jeu du conflit juridique, ils deviennent prisonniers du système et peuvent difficilement contester la solution retenue par la Cour.

2. La place de la Cour dans le cadre des traités lui laisse une large marge d'intervention. D'une part, les traités sont comme l'écrivait Henri Lesguillons des traités fondations (2) en ce sens qu'ils créent un cadre institutionnel, définissent des compétences, répartissent des pouvoirs entre institutions et organisent des politiques en laissant une marge d'indétermination quant au contenu de celle-ci. Il appartient aux institutions de compléter le cadre ouvert par les traités. Dans ce contexte, comme les autres institutions de l'Union, la Cour joue son rôle pour vérifier la validité des choix effectués dans le cadre de sa mission d'interprétation du droit primaire ou du droit dérivé. D'autre part, il arrive que, dans le cadre du processus de décision, s'il est impossible de trouver un accord sur certains éléments d'un dossier, les auteurs de l'acte se résignent à ne pas trancher en convenant de laisser à la Cour le soin de combler les vides. Ici encore, la Cour se voit assigner un rôle politique.

3. Enfin, et c'est une limitation à la faculté créatrice de la Cour, cette dernière, à la différence du juge national, n'est pas à la tête d'un système hiérarchisé dans lequel ses arrêts s'imposent à l'ensemble des juridictions chargées d'appliquer le droit de l'Union. Quelles qu'en soient les conséquences qui découlent du principe de primauté, elle n'est pas à l'abri d'une rébellion des juges nationaux. Aussi sa légitimité vient avant tout de la motivation de ses décisions. Plus que d'ordonner elle doit convaincre. La position des juges constitutionnels nationaux l'a amenée

(2) *L'Application d'un traité-fondation, le traité instituant la C.E.E*, Paris, LGDJ, 1968.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Conclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à dialoguer avec ceux-ci afin d'arriver à un équilibre subtil qui évite les conflits. Le récent arrêt *Taricco* illustre parfaitement ce dialogue tant par l'argumentation du renvoi de la Cour constitutionnelle que par la stratégie d'échappement de la Cour de justice (3). Enfin, le constituant peut toujours intervenir pour remettre en cause une jurisprudence qu'il n'approuve pas comme en témoigne le protocole n° 2 ajouté au traité de Maastricht remettait partiellement en cause l'arrêt *Barber* (4). De même, le protocole sur l'Irlande relatif à l'avortement est une réaction à l'arrêt de la CJCE *Grogan* (5).

La jurisprudence de la Cour est encadrée par ce que l'on peut appeler l'acquis jurisprudentiel qui limite aujourd'hui les choix qui peuvent être effectués. Antoine Vauchez a mis en lumière combien la Cour est attachée au « cap intégrationniste » qui lui a servi de point de repère pendant des années. Elle le célèbre dans les cérémonies protocolaires à l'occasion du départ des juges ou dans les mélanges consacrés à certain de ses membres et s'efforce de situer les évolutions dans la ligne de cet acquis (6). De son côté, Antoine Bailleux évoque les récits judiciaires de l'Europe. Formulés par les observateurs de la Cour, « elle souligne le caractère nécessairement construit – et en partie subjectif – des « récits » que l'analyste s'efforce d'assembler à partir d'indices épars dans la jurisprudence de la Cour » (7). Par la présentation par la Cour de son acquis et les récits développés à propos de celui-ci, elle s'est construit une toile d'araignée ou un contexte politique dont la Cour elle-même a du mal à se dégager, d'où l'étiquette « politique » attachée à toute solution qui s'en écarte.

Compte tenu de ces éléments et à la lumière des différentes contributions, il est possible de décrire le rôle politique de la Cour autour de deux axes majeurs, qui se recoupent partiellement : le juge bâtisseur et le juge législateur.

I. – La figure du juge bâtisseur

Ce rôle s'est imposé à la Cour qui était appelée à intervenir sur la base de traités qui constituaient essentiellement un cadre d'action

(3) CJUE, (gde ch.), 8 septembre 2015, *Taricco*, aff. C-105/14, EU:C:2015:555.
(4) CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, aff. C-262/88, EU:C:1990:209.
(5) CJCE, 11 mars 1982, *Grogan*, aff. 127/80, EU:C:1982:86.
(6) A. Vauchez, *L'Union par le droit, l'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Presses de Sciences-Po, 2013.
(7) A. Bailleux, « Les récits judiciaires de l'Europe », *RUE*, janvier 2018, p. 6.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Conclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

fondé sur des principes ou des règles générales. Face à cette situation, la Cour devait d'abord se définir elle-même ce qu'elle a fait en dégageant une cohérence à partir du système de recours mis en place dans les traités ou en tentant de préserver l'Union, mais aussi son propre pouvoir en mettant l'autonomie du droit de l'Union dont elle est le garant qu'il s'agisse du règlement des différends dans l'espace économique européen (8) ou de l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme (9).

L'un des domaines classiques où le choix de la Cour a été primordial est l'affirmation des fondements du droit de l'Union, l'effet direct et la primauté. Mais le choix aurait-il pu être différent, notamment en ce qui concerne la primauté compte tenu de la mission confiée à la Cour par le traité lui-même. D'ailleurs, la Cour internationale de justice saisie d'un cas relatif à la primauté du droit international aurait-elle pu prendre une position différente. C'est la motivation qui constitue un choix politique dans la mesure où la primauté est fondée sur la spécificité de la construction communautaire et non sur le droit international. En fait, le véritable choix politique réside dans l'arrêt *Simmenthal* qui met le juge national au service du droit communautaire (10). C'est en s'appuyant sur ces principes que la Cour a construit le marché intérieur sur la base de l'arrêt *Cassis de Dijon* (11) qui fonde l'harmonisation négative. Il n'est pas utile de retracer ici ce mouvement marqué par des avancées suivi de reculs comme en atteste la saga *Keck et Mithouard* (12) qui a fait et fait encore la joie de la doctrine. Mais, à travers ces changements successifs, la Cour a effectué les choix politiques correspondants à sa vision du marché (13). Pendant longtemps en l'absence d'harmonisation, la Cour a forgé les contours du marché intérieur, les portant au-delà de ce qu'avait envisagé les États membres comme par exemple dans l'arrêt *Bosman* (14). On se trouve en présence d'un même type de choix lorsque la Cour fonde l'espace de liberté, de sécurité et de justice sur la confiance mutuelle. Inversant la démarche qui mettait en avant, dans le marché intérieur, la reconnaissance mutuelle, elle fait de la confiance un principe constitutionnel qui impose le respect de la confiance mutuelle et construit l'espace sur la présomption quasiment

(8) CJCE, 14 décembre 1991, Avis 1/91, EU:C:1991:490.
(9) CJUE,18 décembre 2014, Avis 2/13, EU:C:2014:2454.
(10) CJCE, 9 mars 1976, *Simmenthal* aff. 106/77, EU:C:1978:49.
(11) CJCE, 20 février 1977, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, EU:C:1979:42.
(12) CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267/91 et C-268/91, EU:C:1993:905.
(13) Sur ce point, voy. A. Bailleux, précité
(14) CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, EU:C:1995:463.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Conclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

irréfragable de l'existence d'une communauté de valeurs. Après avoir bâti un marché intérieur sans frontières internes, la Cour développe une vision, parfois irénique, d'une Union des valeurs dans la suite de jurisprudence sur la communauté de droit et la protection des droits fondamentaux.

Mais elle devient prisonnière de ses affirmations lorsqu'elle est confrontée à la réalité, comme en atteste la saga en cours sur le respect de droit en Pologne. Dans un premier temps, la Cour affirme le caractère contraignant des valeurs mentionnées à l'article 2 TUE et, parmi celles-ci de l'indépendance des juges pilier de l'État de droit à propos d'un litige portugais sans rapport avec la Pologne. S'agissait-il d'un avertissement ou d'un appel au juge national (15) ? En tout, le juge irlandais s'en saisit et, à propos d'un mandat d'arrêt européen, demande à la Cour des lignes directrices sur l'attitude à adopter. Prisonnière de ses affirmations précédentes, la Cour ne peut reculer, mais évite de se substituer au Conseil européen. Elle ne se prononce pas directement sur la situation elle-même, mais convient qu'en présence des indices contenus tant dans les diverses recommandations de la Commission que de la motivation de sa proposition relative à l'article 7 TUE, le juge national peut être fondé à estimer être en présence d'une défaillance systémique dans le respect de l'État de droit. Pour autant, elle ne revient sur sa jurisprudence antérieure et demanda au juge national de s'assurer que cette défaillance aura des conséquences sur la situation concrète de l'individu. La Cour renvoie ainsi la responsabilité au juge national sans ignorer que, dans un système où l'indépendance du juge n'est pas garantie, le soin de vérifier si des conséquences négatives sur la situation de l'individu sont possibles relève de la gageure. De même, l'imposition d'un dialogue avec le juge polonais sur la possibilité que celui-ci puisse juger se prononcer de manière indépendante est inutile. Comment le juge polonais pourrait-il répondre qu'il n'est pas indépendant ? De la sorte, la Cour se défausse de l'accusation de se substituer à l'autorité politique tout en portant au fond par l'intermédiaire du juge national un jugement sur la justice polonaise (16). Ce jeu de dupes qui permet de sauver la face pourra-t-il perdurer ? Les renvois préjudiciels sur ce sujet peuvent se multiplier comme en atteste la demande récente de la Cour suprême polonaise elle-même qui interroge la Cour sur sa décision de suspendre l'application de la loi polonaise à propos d'une affaire se situant dans

(15) Arrêt du 27 février 2018, gr. ch., *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, aff. C-64/16, EU:C:2018:117.

(16) Arrêt du 25 juillet 2018, *LM*, aff. C-216/18 PPU, EU:C:2018:586.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Conclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

le champ d'application du droit de l'Union. Même si la Cour trouve un moyen d'éviter de se prononcer au fond, elle devra le faire dans le cadre d'un recours en manquement introduit par la Commission.

Un autre domaine dans lequel la Cour a été amenée à dégager une cohérence est celui des principes constitutionnels. L'architecture établie par les traités comportait des lacunes notamment en ce qui concerne les rapports entre institutions et leurs pouvoirs respectifs. Les notions d'équilibre institutionnel, d'autonomie des institutions et de coopération loyale ont été dégagées par la Cour de même que le principe de démocratie avant d'être consacrées par les traités. Parfois il s'agissait d'une stratégie d'évitement. Ainsi la notion de coopération loyale a d'abord été utilisée par la Cour pour éviter d'intervenir dans des conflits de pouvoir avant de servir à éviter une utilisation abusive des pouvoirs d'une institution au détriment d'une autre. De même, la Cour laisse au législateur, en l'absence d'erreur manifeste, le choix entre le recours aux actes délégués ou aux mesures d'exécution (17). Mais, parfois la Cour justifie une décision d'annulation par un principe politique. Ainsi la Cour n'avait pas besoin de faire référence au principe de démocratie dans l'arrêt *Isoglucose* pour consacrer le respect du pouvoir consultatif du Parlement, il suffisait de se référer au texte du traité. Elle poursuit aujourd'hui dans cette voie en fondant ses arrêts sur la responsabilité extracontractuelle du médiateur (18) ou sur les pouvoirs de la Commission de juger de la recevabilité des initiatives citoyennes européennes (19) sur le principe de démocratie participative ou encore en se fondant sur le principe de démocratie pour réduire au minimum l'exception à l'accès au documents fondée sur la protection du processus décisionnel (20).

Cependant, les principaux litiges entre les institutions sont abordés sous l'angle du choix de la base juridique. En fait, la Cour a choisi l'approche de Kelsen selon laquelle l'ordre juridique est fondé sur une cascade d'habilitations. Dans la mesure où l'habilitation, c'est-à-dire la base juridique, détermine le processus décisionnel qui doit être utilisé, le choix de la base juridique commande les pouvoirs respectifs des institutions, chaque institution pouvant être tentée de valoriser ses pouvoirs en choisissant la base juridique qui l'avantage le plus. L'avantage de cette démarche est qu'elle permet de mettre sur le devant de la scène une analyse de l'objet et du contenu de l'acte ce qui offre

(17) CJUE, 18 mars 2014, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff. C-427/12, EU:C:2014:170.
(18) CJUE, 4 avril 2017, *Médiateur c/ Staelen*, aff. C-337/15 P, EU:C:2017:256.
(19) CJUE, 12 septembre 2017, *Anagnostakis C/ Commission*, aff. C-589/15 P, EU:C:2017:663.
(20) Arrêt du 4 septembre 2018, gr.ch., *Client Earth*, C-57/16 P, ECLI:EU:C:2018:660.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Conclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

une apparence de neutralité. Dans l'affaire 45/89, la Cour soulignait : « Il convient de relever que, dans le cadre du système des compétences de la Communauté, le choix de la base juridique ne peut pas dépendre seulement de la conviction d'une institution quant au but poursuivi, mais doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel » (21) ce qui ne l'empêchait pas de donner une interprétation extensive du champ de la politique commerciale commune, ce qui avantageait institutionnellement la seule Commission. On note également cette préférence accordée à la Commission dans sa jurisprudence sur le traitement des déchets où en présence de deux bases juridiques qu'elle juge compatibles entre elles, elle exprime non seulement sa préférence pour les bases relatives dans un cas au marché intérieur et dans l'autre à la politique commerciale commune, mais annule l'acte alors que l'erreur de base juridique n'a aucune incidence sur le contenu de l'acte compte tenu de l'identité de procédures décisionnelles pour les deux bases (22). De même, la doctrine a remarqué combien dans sa jurisprudence *Dioxyde de titane*, le choix effectué par la Cour était motivé par le souci de préserver les pouvoirs du Parlement au nom de principe de démocratie (23). Il est remarquable qu'aujourd'hui, alors que le traité de Lisbonne a stabilisé les rapports entre institutions, la Cour paraît avoir adopté une attitude plus neutre qu'il s'agisse des rapports entre la PESC et d'autres politiques comme l'espace de liberté, de sécurité et de justice ou dans son interprétation des rapports entre le Parlement et le Conseil dans la politique agricole commune quant au choix entre les paragraphes 2 et 3 de l'article 43 (24). Dans le contexte du contentieux de la base juridique, la Cour est l'arbitre de l'équilibre institutionnel. Mais ces démarches s'accompagnent d'un respect (apparent ?) de la volonté des auteurs des traités ou du législateur. L'utilisation du contrôle de l'erreur manifeste constitue à cet effet un instrument utile. Elle permet de laisser opérer les acteurs politiques tout en conservant une possibilité de sanction et ainsi laisse à la Cour le pouvoir de choisir les cas dans lesquels elle interviendra. Il en va de même lorsque la Cour apprécie les restrictions aux droits fondamentaux. Le traitement réservé à la liberté d'entreprendre constitue l'une des illustrations de cette démarche. En indiquant que ce droit doit être apprécié comme le droit de propriété au regard de sa fonction sociale, la Cour se réserve

(21) CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, aff. C-45/86, EU:C:1987:163.

(22) CJCE, 10 janvier 2006, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff. C-94/03, EU:C:2006:2 et aff. C-178/03, EU:C:2006:4.

(23) Arrêt du 11 juin 1991, *Commission c/ Conseil*, aff. C-300/89, EU:C:1991:244.

(24) Voy. sur ces points notre chronique « Institutions », *RTDE*, 2017, p. 765.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Conclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

le droit d'apprécier la validité de la mesure restrictive au regard du but poursuivi et ce faisant elle intervient dans les choix politiques effectués par le législateur de l'Union ou les autorités nationales. Il s'agit bien d'une fonction politique.

II. – La figure du juge législateur

Dans certaines hypothèses, le juge intervient pour poser des règles générales dans le silence du législateur ou pour substituer d'autres règles aux règles établies par le législateur. Le premier cas est bien connu puisqu'il est le produit du processus d'intégration négative. La carence du législateur laisse le champ libre à la Cour pour dégager les règles applicables à un secteur. L'exemple du tourisme des soins de santé est illustratif à cet égard. La Cour a défini les principes applicables sur la seule base de son interprétation du traité. Par suite, lorsque le législateur a voulu intervenir, il s'est trouvé encadré par la législation existante et ses choix ont été largement contraints. De la même manière, le volet judiciaire de la convention d'Aarhus a été mis en œuvre par la Cour alors que le législateur avait refusé de le faire. Il en va de même dans bien des domaines et ceci explique la résistance de certains États à l'application horizontale des droits fondamentaux. En effet, en statuant sur l'application des droits fondamentaux dans des litiges entre particuliers, le juge peut être amené à définir des principes qui ensuite contraindront le législateur national alors que le droit de l'Union lui laissait une marge d'appréciation. Si la Cour avait accepté de statuer dans l'affaire *A.M.S.* (25), elle aurait été amenée à statuer sur la base de l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux sur les seuils de représentation du personnel dans les entreprises limitant ainsi les pouvoirs du législateur. Ce n'est certes pas la raison qu'elle donne pour refuser de ses prononcer, mais son arrêt a pour conséquence de renvoyer le problème au législateur.

Une autre interférence possible dans le pouvoir législatif peut intervenir dans le cadre de l'application du principe de proportionnalité, notamment en matière de droits fondamentaux. Lorsque la Cour examine si le même résultat peut être atteint par des mesures moins contraignantes, il lui arrive de définir quelles sont ces mesures moins

(25) CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, EU:C:2014:2. Cette crainte explique l'hostilité manifestée par l'Allemagne à l'arrêt *Mangold*, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, EU:C:2005:709.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Conclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

contraignantes définissant ainsi la voie que doit suivre le législateur. Dans l'affaire relative à la publication des aides aux agriculteurs, elle indique clairement le contenu de la législation appelée à remplacer le texte annulé (26). De même, lorsqu'elle se prononce sur la directive relative à la rétention des données, la Cour dessine en creux le contenu d'une législation qui n'encourrait pas sa censure (27). Parfois elle va moins loin dans la précision, mais impose au juge national l'obligation de vérifier si la législation s'adapte au progrès scientifique. Dans l'affaire *Léger*, à propos de l'interdiction du don du sang par des hommes ayant eu des rapports avec des personnes du même sexe, elle note : « En particulier, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si les progrès de la science ou de la technique sanitaire, en prenant notamment en compte le coût d'une mise en quarantaine systématique des dons émanant des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes ou celui d'une détection systématique du VIH pour tous les dons de sang, permettent d'assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs, sans que la charge qui en résulte soit démesurée par rapport aux objectifs de protection de la santé visés. D'autre part, à supposer que, dans l'état actuel de la science, il n'existe pas de technique répondant aux conditions posées [dans le présent arrêt], une contre-indication permanente du don de sang pour l'ensemble du groupe constitué des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes n'est proportionnée que s'il n'existe pas de méthodes moins contraignantes pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs » (28). La leçon a été entendue par les autorités françaises qui ont adopté des mesures moins contraignantes.

Conclusion

En conclusion, loin de critiquer un prétendu gouvernement des juges, il convient d'admettre que la politique entendue au sens

(26) CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Scheke*, aff. jtes C-92 et 93/09, EU:C:2010:662 : « Les institutions auraient donc dû examiner, dans le cadre d'une pondération équilibrée des différents intérêts en cause, si une publication nominative limitée, telle qu'indiquée au point 81 du présent arrêt, n'aurait pas été suffisante pour atteindre les objectifs de la réglementation de l'Union en cause au principal. En particulier, il n'apparaît pas qu'une telle limitation, qui préserverait certains des bénéficiaires concernés d'une ingérence dans leur vie privée, ne donnerait pas au citoyen une image suffisamment fidèle des aides versées par le FEAGA et le Feader permettant d'atteindre les objectifs de ladite réglementation ».

(27) CJUE (gde ch.), 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238.

(28) CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, aff. C-528/13, EU:C:2015:288.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Conclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

étymologique du terme ne peut que très rarement être absente du prétoire. Elle est d'autant plus prégnante lorsque le droit primaire ou le droit dérivé laissent une large marge d'appréciation au juge. Plus particulièrement dans une Union qui, à l'origine, a privilégié le fonctionnalisme sur une description du contenu des législations, il ne faut pas s'étonner que le juge ait été amené à trancher les litiges qui lui étaient soumis en fonction de la vision qu'il pensait se dégager des traités. Critiquer cette situation revient en fait à critiquer la nature même de l'Union qui la rend possible. D'ailleurs le phénomène n'est pas propre à l'Union et, dans les États membres aussi, derrière un contentieux technique se dissimulent souvent l'avenir d'une entreprise, d'un marché ou d'emplois et le juge ne peut faire abstraction de ces éléments.

L'important n'est pas dans le désir vain de dissocier les éléments techniques et politiques d'un dossier. Nous connaissons tous les limites d'une interprétation purement textuelle. Le contenu de la norme ne peut être dissocié du but recherché par son auteur et si la réalité sociale existant lors de l'adoption de la norme évolue, l'interprète devra en tenir compte. En outre, le juge peut être amené à statuer alors que la situation n'a jamais été prévue par la norme invoquée et il ne peut refuser de se prononcer sur le cas qui lui est soumis. Il s'est trouvé fréquemment confronté à cette obligation en matière de bioéthique ou face à des problèmes de société et on ne peut lui refuser dans ce contexte de décider en fonction de choix de société.

Ce qui est important, c'est d'éviter l'arbitraire d'où l'importance de la motivation. Il appartient à la doctrine de s'écarter de la simple exégèse de l'œuvre du juge considéré comme bouche de la loi. Il lui appartient de débusquer derrière la motivation les choix politiques sous-jacents et de vérifier la cohérence ou l'incohérence entre ces choix et le raisonnement juridique proposé par le juge. Cette mise en abyme deviendra un élément de contrôle des choix politiques de la Cour.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Conclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019