LISTE DES SOUSCRIPTEURS

- Bergé Jean-Sylvestre, Professeur à l'Université Jean-Moulin - Lyon 3 (EDIEC - GDR CNRS ELSJ)
- Bertrand Brunessen, Professeur à l'Université Rennes I
- Bibliothèque Cujas, Paris
- Blanc Didier, Professeur à l'Université de La Réunion
- Blottin Benoît, Doctorant en droit à l'Université Panthéon-Assas
- Bonnet Baptiste, Professeur à l'Université de Saint-Étienne
- Cazet Safia, Maître de conférences à l'Université de la Réunion
- Centre de Documentation et de Recherches européennes de la Faculté pluridisciplinaire de Bayonne
- Centre de recherches droits et perspectives du droit de l'Université Lille 2
- Centre de droit européen de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
- Centre de recherches européennes CEDRE, Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE), Université Rennes I
- Chaumette Patrick, Professeur à l'université de Nantes
- Clausen Freya, ancienne étudiante du Master 2 Recherche Droit de l'Union européenne (Université Panthéon-Assas), référendaire au Tribunal de l'Union européenne
- Condinanzi Massimo, Professeur à l'Université de Milan
- Cornel Chantal, Professeur émérite à l'Université de Gand
- Christianos Vassilios, Professeur de droit de l'Union européenne à la Faculté de Droit d'Athènes
- De Witte Bruno, Professeur à l'Université de Maastricht et à l'Institut européen de Florence
- Dero-Bugny Delphine, Professeur à l'Université Paris Descartes
- Derosier Jean Philippe, Professeur à l'Université de Rouen, Directeur de l'École doctorale Droit Normandie
- Flavier Hugo, Maître de conférences à l'Université de Bordeaux
- Fartunova Maria, Maître de conférences à l'Université Paris Est-Créteil
- Garin Aurore, Docteur en droit des Universités de Panthéon-Assas (Paris II) et de Genève
- Gaudissart Marc-André, Chef d'unité au greffe de la Cour de justice de l'Union européenne, Professeur invité à l'Université de Luxembourg
- Germelmann Claas Friedrich
- Guillaume Éric, Directeur de la Librairie Duchemin, Paris
- Ho-Dac Marion, Maître de conférences à l'Université de Valenciennes
- Kaddous Christine, Professeur, directeur du Centre d'études juridiques européennes de l'Université de Genève
- Kanyinda Nyunyi Armel, Étudiant à la faculté de Droit et de science politique d'Aix-Marseille

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

- Levade Anne, Professeur à l'Université Paris-Est-Créteil, Présidente de l'AFDC
- Librairie Gibert Joseph, Paris
- Librairie Decitre, Lyon
- Librairie Ecosphère, Marne-la-Vallée
- Librairie LGDJ, Paris
- Librairie Interphiliv, Paris
- Librairie Duchemin, Paris
- Mastroianni Roberto, Professeur à l'Université de Naples
- Pamart Joëlle, Avocate au barreau de Paris, doctorante en droit à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
- Perrot Danielle, Professeur émérite de l'Université des Antilles
- Picheral Caroline, Professeur à l'Université de Montpellier, IDEDH (EA 3976)
- Picod Fabrice, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, directeur du Centre de droit européen
- Rodrigues Stéphane, Maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne, avocat au barreau de Bruxelles
- Roland Sébastien, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise
- Rolin Frédérique, ancienne étudiante du Master 2 Recherche Droit de l'Union européenne (Université Panthéon-Assas), référendaire à la Cour de justice
- Schneider Catherine, Professeur, coordinateur du Centre d'excellence Jean Monnet (CEJM) de Grenoble
- Spiliotopoulos Sophia
- Snyder Francis, Professeur émérite, CERIC, Aix-Marseille Université
- Vogel Louis, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), ancien Président de l'Université
- Verdure Christophe, Avocat, Professeur invité Université Saint-Louis
- Tinière Romain, Professeur à l'université Grenoble Alpes
- UCL - Bibliothèque de droit

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

BIOGRAPHIE

Claude Blumann est né le 15 mai 1943. Docteur en droit à l'Université de Poitiers en 1970, il fut successivement assistant (1966-1970) et chargé de cours des Facultés de droit (1971-1974) avant d'être agrégé de droit public et de science politique en 1974. Après l'agrégation, il est professeur de droit public à l'Université de Poitiers, puis à celle de Tours avant de rejoindre l'Université Panthéon-Assas (Paris II) en 1996. Il est alors l'un des premiers à percevoir l'enjeu européen dans le droit. Il enseigne ainsi, dans cette université, le droit de l'Union européenne et, notamment, le droit institutionnel, le droit matériel et les politiques communautaires. Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) depuis 2011, Claude Blumann est docteur *honoris causa* (Allemagne), commandeur dans l'Ordre national des Palmes académiques, chevalier dans l'Ordre du Mérite agricole. Sur le plan académique, Claude Blumann a été doyen honoraire de la Faculté de droit de Tours (1982-1988) et vice-président de l'Université Paris II (2001-2005).

Sur le plan scientifique, il fut notamment président (1997-2001) de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE) ainsi que le cofondateur et codirecteur de l'*Annuaire de droit européen*. Ses ouvrages font autorité. Spécialisé en droit communautaire et européen, il est l'auteur de : *Droit matériel de l'Union européenne* (Précis Domat) et *Droit institutionnel de l'Union européenne* (Litec) en collaboration avec L. Dubouis ; *Droit de la PAC* (Litec) ; *La fonction législative communautaire* (LGDJ). Les plus grandes revues scientifiques l'ont sollicité pour publier ses travaux et il a, en outre, dirigé de nombreux ouvrages collectifs.

Ses nombreuses responsabilités pédagogiques et scientifiques traduisent son engagement sur le plan universitaire : à l'université de Tours, Claude Blumann a participé à la création de l'équipe de recherche, le GERCIE. À l'Université Panthéon-Assas, il a été responsable du master recherche Droit de l'Union européenne, directeur du Pôle international et européen (PIEP), directeur du Centre de droit européen (EA 164) et directeur adjoint du collège européen. Cet engagement l'a fait appeler à siéger dans le jury des plus hauts concours, qu'il s'agisse de l'agrégation de droit public (participations au jury du concours d'agrégation externe de droit public en 1991 et au jury du concours d'agrégation interne de droit public en 1999 ; présidence du jury du concours d'agrégation interne de droit public en 2007-2008) ou du jury d'admission à l'ENA (en 1989, 1991, 1992).

Ses différentes activités ont contribué avec force au rayonnement institutionnel de l'université et à la réflexion sur l'enseignement supérieur. Ainsi, consultant auprès d'organismes publics et privés, Claude Blumann a été

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

expert consultant auprès du ministère de la Recherche, de la Commission européenne et du Parlement européen. Il a réalisé à ce titre une mission d'expertise auprès de la Commission européenne pour les questions liées à la politique de l'éducation et la reconnaissance des diplômes. Pour le compte du ministère de l'Éducation nationale et de la Recherche et la Commission européenne, il est l'auteur d'un rapport sur les synergies entre reconnaissance professionnelle et reconnaissance académique des diplômes (1995-1996).

Sa présidence du Conseil scientifique de la mission droit et justice du ministère de la Justice de 2008-2012, sa participation au groupe ministériel sur la réforme du concours d'agrégation de droit en 2011 et ses expertises régulières pour le compte de l'AERES témoignent de sa volonté sans faille de contribuer à l'évolution de l'enseignement supérieur.

Ses multiples activités se sont enrichies constamment par de nombreuses coopérations scientifiques internationales sous la forme d'enseignements, de participations à des colloques ou à des expertises, notamment dans les pays d'Europe occidentale. C'est en Allemagne (Berlin, Bochum, Göttingen), en Italie (Rome, Florence, Cadenabbia, Ferrare), en Espagne (Barcelone, Santander), en Belgique (Bruxelles, Bruges, Gand), au Luxembourg, aux Pays-Bas (Amsterdam), en Suisse (Genève, Fribourg), en Grèce (Athènes) et à Chypre (Nicosie, Limassol) que ses contributions ont trouvé partout l'accueil qu'elles méritaient.

Les activités internationales de Claude Blumann ont également rayonné dans les pays d'Europe centrale et orientale : en Hongrie (Budapest, Debrecen, Pécs), en République tchèque (Prague), en Roumanie (Bucarest), en Bulgarie (Varna), en Russie (Moscou), en Pologne (Varsovie, Natolin), en Turquie (Istanbul, Ankara), en Afrique – Centrafrique (Bangui), Togo (Lomé), Tunisie (Tunis) –, en Asie (Vietnam) et aux États-Unis (Washington).

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

TRAVAUX ET PUBLICATIONS

OUVRAGES

1. *La renonciation en droit administratif français*, coll. Bibl. de droit public, n° 113, thèse, Poitiers, 1970, Paris, LGDJ, 1974
2. *Droit de l'urbanisme*, 1re éd., coll. Mémento, Paris, Dalloz, 1977, 2e éd., 1979
3. *La fonction législative communautaire*, coll. Systèmes, Paris, LGDJ, 1995
4. *La politique agricole commune (PAC, Droit communautaire agricole et agro-alimentaire)*, coll. Manuel, Paris, Litec, 1996
5. *Droit communautaire matériel* (en coll. avec le professeur Louis Dubouis), 1re éd., coll. Précis Domat, Paris, Montchrestien, 1999, *Droit matériel de l'Union européenne*, 2e éd., 2001, 3e éd., 2004, 4e éd., 2006, 5e éd., 2009, 6e éd., 2012
6. *Droit institutionnel de l'Union européenne* (en coll. avec Louis Dubouis), coll. Manuel, Paris, Litec, 1re éd., 2004, 2e éd., 2005, 3e éd., 2007, 4e éd., 2010, 5e éd., 2013

DIRECTION D'OUVRAGES COLLECTIFS

1. *La frontière*, Actes du colloque de la SFDI (Société française pour le droit international) de Poitiers de 1979, Paris, Pedone, 1980
2. *La CEE en crise*, ouvrage collectif de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université François-Rabelais de Tours, Paris, Economica, 1982
3. *Les aides nationales dans la Communauté européenne*, ouvrage collectif du GERCIE (Groupe d'études et de recherche sur la coopération internationale et européenne), de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université François-Rabelais de Tours, PU de Tours, 1987
4. *Les distorsions de concurrence en matière agricole dans la CEE*, Actes de la Journée nationale d'étude de la CEDECE de Tours de 1987, Paris, Economica, 1988
5. *Aspects récents du droit des relations diplomatiques*, Actes du colloque de la SFDI (Société française pour le droit international) de Tours de 1988, Paris, Pedone, 1989

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

6. *Vers l'Europe des citoyens*, ouvrage collectif du GERCIE (Groupe d'études et de recherche sur la coopération internationale et européenne), de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université François-Rabelais de Tours, *Rev. jur. Centre-Ouest*, numéro spécial, 1992
7. *La ratification du Traité de Maastricht par la France et par l'Allemagne*, Actes du séminaire franco-allemand des Universités François-Rabelais de Tours et de Bochum, 1994, multigraphié
8. *Actualité de la coopération franco-allemande*, Actes du séminaire franco-allemand des Universités de Tours et de Bochum, 1996
9. *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 2003, Université Panthéon-Assas, Bruxelles, Bruylant, 2003
10. *La constitution européenne après le 29 mai 2005*, Actes de la Journée d'étude de l'Université Panthéon-Assas du 27 mai 2006, *R.A.E.*, 2006, nº 2, en coordination avec F. PICOD
11. *Le traité de Lisbonne*, Actes de la Journée de l'Annuaire de droit européen et de la CEDECE, 2007, *Annuaire de droit européen 2006 (vol. 4)*, Bruxelles, Bruylant, 2008
12. *Table ronde autour de la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004. Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Actes de la Journée d'étude de l'Annuaire de droit européen, 2005, *Annuaire de droit européen 2006 (vol. 4)*, Bruxelles, Bruylant, 2008
13. *L'Union européenne et les crises*, Actes du colloque de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) de novembre 2008, Coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2011, en codirection avec F. Picod
14. *La politique européenne de l'énergie*, Actes du colloque de l'Université Panthéon-Assas, 2005, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, série Colloques, 2012
15. Coordination du *Commentaire Mégret*, éd. de l'ULB :
    - Libre circulation des personnes, 2006
    - Environnement et marché intérieur, 2010
    - Politique agricole commune et Politique commune de la pêche, 2011
    - Libre circulation des marchandises, à paraître en 2015
16. *La PAC, une politique carrefour*, Actes du séminaire de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), *R.A.E.*, nº 4/2011
17. *Vers une politique européenne de l'énergie*, Actes du colloque de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 2010, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, série Colloques, 2012
18. *Les frontières de l'Union européenne*, Actes du colloque de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) de février 2012, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2013
19. Annuaire de droit européen, depuis 2003, puis annuaire de droit de l'Union européenne, depuis 2011, en coordination

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Articles

1. « L'application des circulaires administratives par le juge judiciaire », *AJDA*, 1972, p. 263
2. « Le contrôle juridictionnel des dérogations en matière d'urbanisme », *RDP*, 1975, p. 5
3. « Le Conseil européen », *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, p. 1
4. « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France », *RGDI publ.*, 1978, p. 537
5. « Commentaire des arrêts du Conseil d'État du 29 mai *Rekhou* et *Bellil* », *RGDI publ.*, 1982, p. 407
6. « Le poids de l'agriculture dans le budget européen et ses conséquences », *RF fin. publ.*, 1983, p. 52
7. « Énergie et Communautés européennes », (1re partie), *Rev. trim. dr. eur.*, 1984, p. 571
8. « Énergie et Communautés européennes », (2e partie en coll. avec G. Joly), *Rev. trim. dr. eur.*, 1986, p. 613
9. « De l'existence d'une politique communautaire des aides nationales », Publications de l'Université François-Rabelais de Tours 1987, p. 85
10. « Le pouvoir exécutif de la Commission à la lumière de l'Acte unique européen », *Rev. trim. dr. eur.*, no 1, 1988, p. 23
11. « L'affaire des hormones devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RD rur.*, 1988, p. 505
12. « Commentaire de l'arrêt de la C.J.C.E. du 24 octobre 1989, *Commission c. Conseil* », *Rev. trim. dr. eur.*, 1990, p. 173
13. « L'Europe des citoyens », *R.M.C.U.E.*, 1991, p. 283
14. « Régime des aides d'État : jurisprudence récente de la Cour de justice », *R.M.C.*, 1992, p. 721
15. « Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits du citoyen européen », in *Vers l'Europe des Citoyens*, numéro spécial de la *Revue jur. Centre-Ouest*, avril 1992, p. 233
16. « La réforme de la PAC », *Rev. trim. dr. eur.*, no 2, 1993, p. 247
17. « La ratification par la France du traité de Maastricht », *R.M.C.U.E.*, 1994, p. 393.
18. « Le Parlement européen et la comitologie : une complication pour la conférence intergouvernementale de 1996 », *Rev. trim. dr. eur.*, no 1, 1996, p. 1
19. « La Politique agricole commune dans la tourmente : l'affaire de la vache folle », chronique en collaboration avec V. Adam, *Rev. trim. dr. eur.*, no 2, 1997, p. 239
20. « Aspects institutionnels du traité d'Amsterdam », *Rev. trim. dr. eur.*, no 4, 1997, p. 721
21. « L'émergence de l'exemption catégorielle en matière d'aides d'État : le règlement no 994/98 », *R.M.C.U.E.*, 1999, no 428, p. 319
22. « Contrôle des aides d'État et droit des tiers », *Rev. conc. consom.*, no 133, 2003, p. 16

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

23. « La réforme de la Politique agricole commune », *Cah. dr. eur.*, nº 3/4, 2004, p. 297
24. « De nouvelles parties prenantes. L'écologisation de la PAC ou le verdissement de l'Europe verte », *R.A.E.*, nº 4, 2003-2004, p. 531
25. « Quelques réflexions sur le projet de constitution de l'Union européenne », *RDP,* nº 5, 2003, p. 1269
26. « Le champ d'application personnel, horizon du droit communautaire ? Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », *R.A.E.*, nº 1, 2003-2004, p. 73
27. « Projet de Constitution pour l'Europe : étude de qualification juridique », *Annuaire de droit européen 2003*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 40
28. « Les institutions de l'Union dans le cadre du Traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Rev. trim. dr. eur.*, nº 2, 2005, p. 345
29. « Le monopole international de l'État en question », in *Annuaire de droit européen 2004*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 78
30. « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *R.A.E.*, nº 1, 2006, p. 11
31. « Les défis européens au miroir turc », *Questions internationales*, nº 27, 2007
32. « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *J.C.P. (éd. G)*, nº 30, 2007, p. 13
33. « La relance de l'Europe : le traité simplifié », *J.C.P. (éd. G)*, nº 28, 2007, p. 3
34. « Le traité simplifié », site « Notre Europe » (www.institutdelors.eu), 2007
35. « Le traité de Lisbonne, peut-être la sortie du tunnel », *J.C.P. (éd. G)*, nº 47, 2007, p. 15
36. « Les compétences de l'Union européenne dans le domaine de l'énergie », *R.A.E.*, 2009-2010, p. 737
37. « Extension des libertés communautaires (services, aides d'État) grâce à une taxe régionale incompatible », *Sem. jur. (éd. G)*, nº 3, 2010, p. 46
38. « Loyauté du commerce et libre prestation des services », *R.A.E.*, nº 2, 2011, p. 263
39. « Un nouveau départ pour la comitologie. Le règlement nº 182/2011 du 16 février », *Cah. dr. eur.*, nº 1, 2001, p. 23
40. « Politique agricole commune et marché intérieur », *R.A.E.*, nº 4, 2011, p. 683
41. « Le système normatif de l'Union européenne vingt ans après le traité de Maastricht », *R.A.E.*, nº 2, 2012, p. 235
42. « La PAC face aux nouveaux défis planétaires et européens », *RD rur.*, nº 416, 2013
43. « L'écologisation de la Politique agricole commune », *RD rur.*, nº 425, 2014

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

1. « Frontières et limites », in *La frontière*, Actes du colloque de la SFDI à Poitiers, 1979, Paris, Pedone, 1980, p. 3
2. « PAC et coopération en vue du développement rural du tiers-monde », in *Politique agricole commune et construction communautaire*, Actes du colloque de la CEDECE à Rennes, 1982, coll. Travaux de la CEDECE, Paris, Economica, 1984, p. 53
3. « La politique extérieure de la France en matière énergétique », in *Énergie et décentralisation*, Actes du colloque de Tours, 1982, coll. Études de la Faculté de droit et des sciences économiques de Tours, Paris, Economica, 1984, p. 53
4. « La taxe communautaire sur l'énergie », in ISAAC, G. (dir.), *Les ressources financières de la Communauté européenne*, Actes du colloque de la CEDECE à Toulouse, 1985, Paris, Economica, 1986, p. 321
5. « Les échanges CEE-États-Unis de produits agricoles et leur encadrement juridique », in *Les relations Communauté européenne-États-Unis*, Actes du colloque de la CEDECE à Aix-en-Provence, 1986, coll. Travaux de la CEDECE, Paris, Economica, 1987, p. 225
6. « Établissement et rupture des relations diplomatiques », in *Aspects récents du droit des relations internationales*, Actes du colloque de la SFDI à Tours, 1988, Paris, Pedone, 1989, p. 3
7. « La prise en compte de la politique régionale et de la politique de l'environnement dans les autres politiques communautaires », in *Europe des régions et environnement*, Actes du colloque de l'Université de Limoges, 1988, Paris, PUF, 1989, p. 35
8. « La Commission, agent d'exécution du droit communautaire. La comitologie », in LOUIS, J.-V. et WAELBROECK, D. (dir.), *La Commission au cœur du système institutionnel des Communautés européennes*, coll. Études européennes, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 49
9. « L'harmonisation du droit agraire en Europe », in Symposium du Comité européen de droit rural (CEDR) à Göttingen, 1990, *RD rur.*, 1991, p. 49
10. « Répartition des compétences entre la Communauté européenne et les États membres dans le domaine agricole et rural », in Actes du Congrès international de Moscou, 1991, *Revue de l'État et du droit soviétique*, 1991, p. 110
11. « L'énergie dans les relations CEE-Pays de l'Est », in *Les relations Communauté européenne-Europe de l'Est*, Actes du colloque de la CEDECE de Bordeaux, 1990, Paris, Economica, 1991, p. 489
12. « Politique de l'environnement et politique de l'énergie dans les Communautés européennes », in *Sécurité des produits et mécanismes de contrôle dans la Communauté européenne*, Actes du séminaire de l'Institut universitaire européen de Florence, 1989, Bruxelles, 1991, p. 85

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

13. « Les mécanismes européens de formation des prix et de garantie des revenus agricoles » (en coll. avec J.-M. ARRIVÉ), Actes du colloque du Comité européen de droit rural (CEDR) à Strasbourg, 1992, *RD rur.*, 1992, p. 475
14. « Une ébauche de communautarisation de la protection diplomatique », in *Vers l'Europe des citoyens*, numéro spécial de la *Revue jur. Centre-Ouest*, avril 1992, p. 257
15. « La comitologie », in *Les institutions communautaires au lendemain de l'Acte unique européen*, Actes du colloque organisé par le Collège de Bruges, 1990, Bonn, Europa Union Verlag, 1993, p. 89
16. « Y a-t-il substitution de régulations communautaires aux régulations nationales en matière d'aides d'État ? », in *L'entreprise et le marché unique européen*, Actes du colloque de la CEDECE à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), 1992, Paris, La Documentation française, 1995, p. 63
17. « Le pouvoir exécutif de la Commission et le problème de la comitologie », in *L'administration communautaire*, Actes du colloque de Rome de 1992, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario*, 1993, p. 1053
18. « La ratification du Traité de Maastricht en France et en Allemagne », in Actes du séminaire franco-allemand des Universités François-Rabelais de Tours et de Bochum à Bochum, 1994, (multigraphié)
19. « Compétence communautaire et compétence nationale », in MASCLET, J.-C. (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Actes du colloque de la CEDECE à Angers, Paris, La Documentation française, 1997, p. 63
20. « Conclusions générales », in FLAESCH-MOUGIN, C. (dir.), *Quel avenir pour la Politique agricole commune ?*, Actes de la Journée d'étude de la CEDECE à l'Université de Rennes, 1995, Rennes, éd. Apogée, 1996, p. 223
21. « Scénario de crise, l'heure de vérité », in *Actes du Colloque des Chaires Jean Monnet sur la Conférence intergouvernementale de 1996*, Bruxelles, 1996, OPOCE, 1997, p. 159
22. « Les aides locales face au droit communautaire », in *L'Union européenne et les collectivités territoriales*, Actes de la Journée nationale d'étude de la CEDECE à Aix-en-Provence, 1996, Paris, Economica, 1997, p. 135
23. « L'acte unique européen et les nouvelles compétences de la Communauté européenne », Actes du colloque de Rome du 40e anniversaire de la CEE organisé par la Commission européenne, 1997, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 194
24. « Histoire de la politique communautaire de l'environnement », in *Le droit communautaire de l'environnement. Mise en œuvre et perspectives*, Actes de la journée nationale d'étude CEDECE à l'Université Panthéon-Assas, 1997, coll. Les études de la Documentation française, Paris, La Documentation française, 1998, p. 17

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

25. « Conclusions générales : service public et droit communautaire », in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Actes du colloque de la CEDECE à Strasbourg, t. II, 1996, Paris, La Documentation française, 1998, p. 496
26. « Caractéristiques générales de la coopération interinstitutionnelle », in AUVRET-FINCK, J. (dir.), *L'Union européenne carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 1998, p. 29
27. « Les propositions françaises dans le débat autour de la Communication de la Commission », in PERTEK, J. (dir.), *La reconnaissance des qualifications dans un espace européen des formations et des professions*, Actes du colloque de l'Université de Lille 2, 1997, Bruxelles, Bruylant, 1998.
28. « Conclusions générales », in FLAESCH-MOUGIN, C. et LEBULLENGER, J. (dir.), *Le partenariat entre l'Union européenne et les Amériques : le libre-échange en question*, Actes du colloque de la CEDECE à Rennes, 1996, coll. Publications du Centre de recherches européennes-Travaux de la CEDECE, Rennes, éd. Apogée, 1999
29. « L'office du juge communautaire », in COHEN-JONATHAN, G. *et al.* (dir.), *Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Actes de la Journée d'étude de l'Université Panthéon-Assas, coll. Regards sur l'actualité, Paris, La Documentation française, n° 264, août 2000, p. 73
30. « Le droit de la fonction publique », in DUBOUIS, L. (dir.), *Droits nationaux, droit communautaire. Influences croisées*, coll. Monde international et européen, Paris, La Documentation française, 2000, p. 123
31. « Droit constitutionnel, droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ? Rapport introductif général », in GAUDIN, H. (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Actes du colloque de la CEDECE des 6 et 7 mai 1999 à La Rochelle, Paris-Aix-Marseille, Economica-PUAM, 2001, p. 13
32. « Contribution du traité d'Amsterdam à la transformation de la Communauté de droit en Union de droit », in RIDEAU, J. (dir.), *De la communauté de droit à l'union de droit, continuités et avatars européens*, Journée nationale d'étude de la CEDECE d'avril 1999, Paris, LGDJ, 2000, p. 355
33. « Citoyenneté européenne et déficit démocratique », in PHILIP, C. et SOLDATOS, P. (dir.), *La citoyenneté européenne*, Montréal, PU de Montréal, 2000, p. 227
34. « Le service universel et la concurrence », in *La concurrence dans la société de l'information*, Actes du colloque de l'Université Paris II, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 45
35. « Historique de la politique communautaire de cohésion économique et sociale », in LECLERC, S. (dir.), *L'Europe et les régions : quinze ans de cohésion économique et sociale*, Actes du colloque de Caen au Conseil régional de Basse-Normandie, 2002, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 13

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

36. « Démocratie et subsidiarité », in COHEN-JONATHAN, J. et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Actes du colloque de la Sorbonne des 13 et 14 mars 2003, coll. Droit et justice, nº 47, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 133
37. « Entrée en vigueur, révision et retrait dans le projet de constitution européenne », Actes du séminaire franco-allemand des Universités François-Rabelais de Tours et de Bochum à Tours, *Tribune de droit public*, nº 16, 2004/2, p. 149
38. « Les implications de la sécurité alimentaire dans l'évolution de la Politique agricole commune », in BOURRINET, J. et SNYDER, F. (dir.), *La sécurité alimentaire dans l'Union européenne*, Actes du colloque d'Aix-Marseille, 2002, coll. Travaux du CERIC, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 69
39. « Les défis institutionnels », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA, J. et GESLOT, C. (dir.), préface de Cl. Blumann, *Les Communautés et l'Union européenne face aux défis de l'élargissement*, Actes du colloque de la CEDECE à Besançon, 2002, Paris, La Documentation française, 2005, p. 3
40. « Le médiateur », in LEVADE, A., BURGOGUE-LARSEN, L. et PICOD, F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. 2, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 551
41. « Les incidences de la sécurité alimentaire sur la politique agricole commune », in BLANQUET, M. et VALDEYRON, N. (dir.), *La création de l'Autorité européenne de sécurité des aliments. Enjeux et perspective, Actes du colloque de l'Université Toulouse 1 Capitole*, 2004, coll. Études de l'IREDE, Toulouse, PU de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2005
42. « L'adaptation de Chypre aux politiques de l'Union européenne », in AGAPIOU-JOSEPHIDES, K. et ROSSETTO, J. (dir.), *Chypre dans l'Union européenne*, Actes du colloque du GERCIE à Nicosie, 2004, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 117
43. « Articles I-19, I-23 à I-25, I-34 et I-35, II-103 », in LEVADE, A., BURGOGUE-LARSEN, L. et PICOD, F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 275, 310, 319, 331, 458, 467
44. « L'apport du médiateur à la citoyenneté européenne », in KARAGIANNIS, S. et PETIT, Y. (dir.), *Le Médiateur européen : bilan et perspectives*, Actes du colloque de Strasbourg au Parlement européen, 2005, coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 59
45. « L'avenir d'une constitution pour l'Europe », in VON DANWITZ, T. et ROSSETTO, J. (Hrsg.), *Europa in der Krise ? Perspektiven der Europäischen Integration*, Actes du colloque franco-allemand de Cadenabbia, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 77

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

46. « Conclusions générales », in LECLERC, S. (dir.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Actes du colloque de l'Université de Caen, 2008, coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Bruylant, 2009
47. « Vers une renationalisation financière de la politique agricole commune », in *Les finances communautaires à l'aube des perspectives financières 2007/2013*, Actes du colloque de l'Université de Toulouse, 2007, coll. Études de l'IRDEIC, Toulouse, PU Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 325
48. « Le traité modificatif : une révision de trop ? Rapport introductif général », in *Le traité de Lisbonne*, Actes de la Journée de l'Annuaire de droit européen et de la CEDECE, 2007, *Annuaire de droit européen 2006 (vol. 4)*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 9
49. « Ouverture et rapport introductif », in *Table ronde autour de la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004. Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Actes de la Journée d'étude de l'Annuaire de droit européen, 2005, *Annuaire de droit européen 2006 (vol. 4)*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 247
50. « Comitologie et administration indirecte », in DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, série Colloques, 2009, p. 139
51. « Querelles internes », in PICOD, F. (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Actes du colloque de l'Université Panthéon-Assas, 2005, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, série Colloques, 2009, p. 93
52. « Les objectifs économiques et politiques de l'Union européenne : vecteurs ou limite de la protection des animaux ? », in DUBOS, O. et MARGUÉNAUD, J.-P. (dir.), *Les animaux et les droits européens. Au-delà de la distinction entre les hommes et les choses*, Actes du colloque de l'Université de Limoges, 2005, Paris, Pedone, 2009, p. 81
53. « Le droit matériel de l'Union européenne peut-il être nationalisé ? », in *L'autonomie du droit de l'Union européenne*, *Annuaire de droit européen 2007 (vol. 5)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 163
54. « Le discours communautariste », in MBONGO, P. et RENAUDIE, O. (dir.), *Le Rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, Colloque de Conseil d'État, 2009, coll. Études et Actes, Paris, Cujas, 2010, p. 69
55. « La PAC de 2013. Conclusions générale », in *La PAC en mouvement. Évolution et perspectives de la Politique agricole commune*, Actes du colloque de l'Université Panthéon-Sorbonne, 2009, coll. Droit et espace rural, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 193

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

56. « La citoyenneté de l'Union, élément constitutif du droit constitutionnel européen », in *Le droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ?*, Actes du colloque de l'Annuaire de droit européen à La Rochelle, 2009, *Annuaire de droit européen 2008 (vol. 6)*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 125
57. « La politique sociale de l'Union européenne. Compétences, procédures décisionnelles, actes juridiques », in HENNION, S. et KAUFMANN, O. (dir.), *La gouvernance des retraites professionnelles en Europe*, Colloque international de l'Université de Berlin, 2009, Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag, 2011
58. « La fonction législative dans l'Union "modifiée" », in BLANQUET, M. (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, série Colloques, 2011, p. 31
59. « Loyauté du commerce et libre prestation de services », in *Loyauté du commerce et droit de l'Union européenne*, Actes du colloque de l'Université de Perpignan, 2008, *R.A.E.*, 2011, n° 2, p. 263
60. « Le système normatif de l'Union européenne vingt ans après le traité de Maastricht », in *Le traité de Maastricht, 20 ans après* (2e partie), *R.A.E.*, 2012, n° 2, p. 235
61. « Rapport introductif », in PERALDI-LENEUF, F. (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne, Quelle nouvelle approche ?*, Actes du colloque de l'Université de Lille 2, 2009, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, série Colloques, 2012, p. 7
62. « Conclusions », in *La question prioritaire de constitutionnalité et les droits européens*, Actes de la Journée d'étude de l'Annuaire de droit européen et de la CEDECE à l'Université Panthéon-Assas, 2010, *Annuaire de droit européen 2009 (vol. 7)*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 139
63. « Conclusions générales : objectifs et intérêt de l'Union européenne », in NEFRAMI, E. (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Actes du colloque de l'Université Paris 13, 2010, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, série Colloques, 2012, p. 413
64. « Le statut de la partie Nord de Chypre dans l'Union européenne », in AGAPIOU-JOSÉPHIDÈS, K. et ROSSETTO, J. (dir.), *La singularité de Chypre dans l'Union européenne. La diversité des droits et des statuts*, Actes du colloque de Chypre (Limassol), 2010, Mare et Martin, 2012, p. 19
65. « La participation des États tiers aux politiques internes de l'Union », in BOSSE-PLATIÈRE, I. (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, série Colloques, 2014, p. 215
66. « Conclusions générales », in *La soft law en droit de l'Union européenne*, Actes du colloque international des jeunes chercheurs de Rennes, 2013, *R.M.C.U.E.*, 2014, n° 577, p. 225

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

67. « L'intégration de la protection des droits fondamentaux dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union », in TINIÈRE, R. et VIAL, C. (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Actes du colloque annuel de la CEDECE à l'Université Montpellier 1, 2014, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, série Colloques, p. 269

CONTRIBUTIONS À DES *MÉLANGES*

1. « Le Parlement européen après Maastricht : l'émergence d'une institution majeure », in *Mélanges offerts à Jorge Campinos*, Paris, PUF-Publications de la Faculté de droit de Poitiers, 1996, p. 139
2. « Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1995, p. 61
3. « Équilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire », in *Clés pour le siècle, Mélanges de l'Université Paris II*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1639.
4. « La citoyenneté de l'Union européenne (bientôt dix ans), espoir et déception », *Festschrift für Knut Ipsen*, Munich, Verlag CH Beck, p. 3
5. « Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Territoires et liberté. Mélanges à la mémoire d'Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 199.
6. « Une brèche dans la communauté de droit. La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 nouveau, du traité CE », in *Au carrefour des Droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 13
7. « Essai sur le processus de constitutionnalisation de l'Union européenne », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 277
8. « La réforme du système des questions préjudicielles : un apport inattendu du traité de Nice », in *50 ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, PU de Toulouse, 2004, p. 705
9. « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité », in *Libertés, justice et tolérance, Mélanges en l'honneur de Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 265
10. « Actes législatifs et mesures d'exécution dans le projet de constitution pour l'Europe », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de J.-C. Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 249
11. « Objectifs et principes en droit communautaire », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, éd. Apogée, 2006, p. 39

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

12. « Un mimétisme à l'envers : le contrôle de constitutionnalité des engagements externes en droit constitutionnel et en droit communautaire », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1039
13. « Quelques variations sur le thème du service public en droit de l'Union européenne », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 45
14. « À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive : les "nouveaux" actes délégués », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 127
15. « L'apport du droit de retrait à la qualification juridique de l'Union européenne », in *L'Union européenne, Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 53
16. « Le contrôle juridictionnel des principes de subsidiarité et de proportionnalité en droit de l'Union européenne », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 439
17. « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », in *L'homme et le droit. En hommage au professeur Jean-François Flauss*, Paris, Pedone, 2014, p. 77
18. « La singularité de la décision dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune », in *The European Union in the World. Essays in honour of Marc Maresceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014
19. « Le rôle respectif du constituant et du juge dans la définition des actes législatifs, non législatifs et réglementaires en droit de l'Union européenne », in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 85

CHRONIQUES, FASCICULES, ARTICLES DE DICTIONNAIRES, NOTICES

1. « Le Marché commun agricole », *JurisClasseur Europe, Droit rural et Droit international* (publication régulière depuis 1981 et refonte complète en 1989 et 1991 et 1997)
2. « Organisations communes de marchés », *JurisClasseur Europe et Droit rural*, 1997
3. Chroniques régulières sur la Politique agricole commune depuis 1989 à la *Rev. trim. dr. eur.*
4. « La CECA » et « L'Euratom », rubriques *Encyclopédie Dalloz de droit communautaire*, vol. 2, 1992
5. « Comitologie », in BARAV, A. et PHILIP, C. (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 189

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

6. « Le projet de traité instituant une constitution pour l'Europe », *JurisClasseur Europe*, 2005.
7. « Actualités des institutions de la Communauté et de l'Union européennes », chronique in *Annuaire de droit européen 2003 (vol. 1)*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 191
8. « Actualité des institutions de la Communauté et de l'Union européennes », chronique in *Annuaire de droit européen 2004 (vol. 2)*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 259
9. « Conseil », *JurisClasseur Europe*, 2006 et 2010
10. « COREPER », *JurisClasseur Europe*, 2006 et 2010
11. « Actualités des institutions de la Communauté et de l'Union européennes », chronique in *Annuaire de droit européen 2005 (vol. 3)*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 187
12. « Actualités des institutions de la Communauté et de l'Union européenne », chronique in *Annuaire de droit européen 2006 (vol. 4)*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 345
13. « Le médiateur européen », *JurisClasseur Europe*, 2007
14. « Le marché intérieur et les "quatre libertés" » (en coll. avec F. Picod), in ZILLER, J. (dir.), *L'Union européenne. Édition traité de Lisbonne*, coll. Les Notices, Paris, La Documentation française, 2008, p. 73
15. Articles « Citoyenneté européenne » et « Transparence », in ANDRIANTSIMBAZOVINA, J. *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, coll. Dicos Quadrige, Paris, PUF, 2008
16. « Les accords interinstitutionnels », *JurisClasseur Europe*, 2009 et 2012
17. « Actualités des institutions de la Communauté et de l'Union européenne », chronique in *Annuaire de droit européen 2007 (vol. 5)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 227
18. « Actualités des institutions de la Communauté et de l'Union européenne », chronique in *Annuaire de droit européen 2008 (vol. 6)*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 231
19. « Les institutions de l'Union européenne. Présentation générale », *JurisClasseur Europe*, 2011 et 2014
20. « Actualités des institutions de la Communauté et de l'Union européenne », chronique in *Annuaire de droit européen 2009 (vol. 7)*, Bruxelles, Bruylant, 201, p. 153
21. « Le traité constitutionnel », *JurisClasseur Europe*, 2012

INTERVENTIONS DANS DES COLLOQUES, JOURNÉES D'ÉTUDES, SÉMINAIRES

1. *La frontière*, Colloque de la SFDI à Poitiers, 1979. Intervention : « Frontières et limites »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

2. *Politique agricole commune et construction communautaire*, Colloque de la CEDECE à Rennes, 1982. Intervention : « PAC et coopération en vue du développement rural du tiers-monde »
3. *Énergie et décentralisation*, Colloque de Tours, 1982. Intervention : « La politique extérieure de la France en matière énergétique »
4. *Les ressources financières de la Communauté européenne*, Colloque de la CEDECE à Toulouse, 1985. Intervention : « La taxe communautaire sur l'énergie »
5. Séminaire franco-portugais organisé par la Faculté de droit de l'Université de Poitiers, 1986. Intervention : « L'élargissement de la Communauté européenne au Portugal : problèmes agricoles »
6. *Europe des régions et environnement*, Colloque de l'Université de Limoges, 1988. Intervention : « La prise en compte de la politique régionale et de la politique de l'environnement dans les autres politiques communautaires »
7. *Les relations Communauté européenne-États-Unis*, Colloque de la CEDECE à Aix-en-Provence, 1986. Intervention : « Les échanges CEE-États-Unis de produits agricoles et leur encadrement juridique »
8. Journée d'étude franco-soviétique organisée par l'Institut de droit rural de l'Université de Poitiers, 1987. Intervention : « La politique agricole commune de la CEE »
9. *Aspects récents des relations internationales*, Colloque de la SFDI à Tours, 1988. Intervention : « Établissement et rupture des relations diplomatiques »
10. *La Commission au cœur du système institutionnel communautaire*, Colloque de l'Université libre de Bruxelles, 1989. Intervention : « La Commission, agent d'exécution du droit communautaire et la comitologie »
11. *Les institutions communautaires au lendemain de l'Acte unique européen*, Colloque du Collège de Bruges, 1990. Intervention : « La comitologie »
12. *Actes du Congrès international de Moscou*, 1991. Intervention : « Répartition des compétences entre la Communauté européenne et les États membres dans le domaine agricole et rural »
13. *Sécurité des produits et mécanismes de contrôle dans la Communauté européenne*, Actes du séminaire de l'Institut universitaire européen de Florence, 1989. Intervention : « Politique de l'environnement et politique de l'énergie dans les Communautés européennes »
14. Symposium du Comité européen de droit rural (CEDR) à Göttingen, 1990. Intervention : « L'harmonisation du droit agraire en Europe »
15. *Les relations Communauté européenne-Europe de l'Est*, Colloque de la CEDECE à Bordeaux, 1990. Intervention : « L'énergie dans les relations CEE-Pays de l'Est »
16. Colloque du Comité européen de droit rural (CEDR) à Strasbourg, 1992. Intervention : « Les mécanismes européens de formation des prix et de garantie des revenus agricoles » (en coll. avec J.M. Arrivé)

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

17. *L'entreprise et le marché unique européen*, Colloque de la CEDECE à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), 1992. Intervention : « Y a-t-il substitution de régulations communautaires aux régulations nationales en matière d'aides d'État ? »
18. *L'Administration communautaire*, Colloque de Rome, 1992. Intervention : « Le pouvoir exécutif de la Commission et le problème de la comitologie »
19. Séminaire franco-allemand des Universités François-Rabelais de Tours et de Bochum à Bochum, 1994. Intervention : « La ratification du Traité de Maastricht en France et en Allemagne »
20. *La Communauté européenne et l'environnement*, Colloque de la CEDECE à Angers, 1994. Intervention : « Compétences et pouvoirs de l'Union européenne en matière d'environnement, le principe de subsidiarité »
21. Séminaire franco-allemand des Universités François-Rabelais de Tours et de Bochum à Tours, 1996. Intervention : « Le couple franco-allemand et la conférence intergouvernementale de 1996 »
22. *Quel avenir pour la Politique agricole commune ?*, Journée d'étude de la CEDECE à Rennes, 1995. Conclusions générales
23. *La conférence intergouvernementale de 1996*, Colloque des Chaires Jean Monnet à Bruxelles, 1996. Intervention : « Scénario de crise. L'heure de vérité »
24. *L'Union européenne et les collectivités territoriales*, Journée nationale d'étude de la CEDECE à Aix-en-Provence, 1996. Intervention : « Les aides locales face au Droit communautaire »
25. Colloque de l'Union des Avocats européens à Rennes, 1996. Intervention : « Politique de qualité des produits agroalimentaires »
26. *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Colloque de la CEDECE à Strasbourg, 1996. Conclusions générales : « Service public et droit communautaire »
27. *Le partenariat entre l'Union européenne et les Amériques : le libre-échange en question*, Colloque de la CEDECE à Rennes, 1996. Conclusions générales
28. *Quarantième anniversaire des traités de Rome*, Colloque de Rome, 1997. Intervention : « L'Acte unique européen et les nouvelles compétences de la Communauté »
29. *Le droit communautaire de l'environnement. Mise en œuvre et perspectives*, Journée nationale de la CEDECE à l'Université Panthéon-Assas, 1997. Intervention : « Histoire de la politique communautaire de l'environnement »
30. ***La reconnaissance des qualifications dans un espace européen des formations et des professions*, Colloque de l'Université de Lille 2, 1997. Intervention :** « Les propositions françaises dans le débat autour de la Communication de la Commission »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

31. *Le Conseil de l'Europe*, Journées d'étude de la CEDECE à l'Université de Grenoble, 1998. Ouverture des travaux et présidence d'une demi-journée
32. *Le traité d'Amsterdam*, Journée nationale d'étude de la CEDECE à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), 1998. Présidence d'une demi-journée
33. *Le traité d'Amsterdam*, Soirée des Jeunes Européens à Tours, 1998. Intervention : « Présentation générale du traité d'Amsterdam »
34. *La justice communautaire*, Journée nationale d'étude de la CEDECE à Aix-en-Provence, 1998. Ouverture et présidence d'une demi-journée
35. *L'association aux Communautés européennes*, Journée d'étude de l'Université Paris V, 1998. Conclusions générales
36. Séminaire franco-allemand des Universités François-Rabelais de Tours et de Bochum à Bochum, 1998.
37. *The European Union and the Euro Economic, Institutional and International Aspects*, Colloque d'ECSA-World à Bruxelles, 1998.
38. *La cohésion économique et sociale*, Colloque de la CEDECE à l'Université de Grenoble, 1998. Allocution d'ouverture, présidence d'un atelier et allocution de clôture
39. *Le partenariat de l'Union européenne avec les pays tiers*, Séminaire de la CEDECE à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 1998. Présidence d'une demi-journée et conclusions générales
40. *La citoyenneté européenne*, Colloque de la CEDECE à Lyon, 1998. Intervention : « Citoyenneté européenne et déficit démocratique »
41. *Sécurité et défense*, Journée d'étude de la CEDECE à l'Université de Lille, 1998. Ouverture des travaux et présidence d'une demi-journée
42. Séminaire des présidents ECSA organisé par la Commission européenne et ECSA-Grèce, Athènes, 1999
43. *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Journée nationale d'étude de la CEDECE à l'Université de Nice, 1999. Intervention : « Contribution du traité d'Amsterdam à la transformation de la Communauté de droit en Union de droit »
44. *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Colloque annuel de la CEDECE à l'Université de la Rochelle, 1999. Rapport introductif général « Droit constitutionnel, droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ? » ; participation à la table ronde
45. *Droit interne et droit communautaire : influences croisées*, Journée nationale d'étude de la CEDECE à Aix-en-Provence, 1999. Intervention : « La fonction publique »
46. Colloque international d'Amsterdam du Comité européen de droit rural (CEDR), 1999. Intervention : « L'Agenda 2000 et la PAC »
47. Cycle de formation des magistrats en Hongrie (Debrecen), 2000. Conférences : « Les institutions de l'Union européenne » ; « Les droits fondamentaux »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

48. *L'Union européenne, carrefour des coopérations*, Journée nationale d'étude de la CEDECE à l'Université de Toulon, 2000. Intervention : « Caractéristiques générales de la coopération interinstitutionnelle »
49. *Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Journée d'étude de l'Université Panthéon-Assas, 2000. Intervention : « L'Office du juge communautaire »
50. Séminaire franco-allemand des Universités François-Rabelais de Tours et de Bochum à Tours, 2000. Conclusions générales : « La santé politique du couple-allemand »
51. Séminaire des Jeunes Européens de Tours, 2000. Conférence : « L'O.M.C. face à l'Europe »
52. *La politique agricole commune, hier, aujourd'hui, demain*, Colloque de l'Université de Rennes 1, 2010. Présidence de séance
53. Académie d'été de droit européen de l'Université Pierre-Mendès-France de Grenoble, 2000. Conférence : « La PAC et l'O.M.C. »
54. *La convention UE-ACP de Cotonou*, Colloque de l'Université des Antilles et de la Guyane, la Martinique, 2001. Conclusions générales
55. *Le traité de Nice*, Journée d'étude de l'Université Montesquieu (Bordeaux IV), 2001. Intervention : « Les aspects institutionnels »
56. Journée d'étude de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2) en hommage à Jean-Bernard Blaise, 2001. Intervention : « Le service universel »
57. *Les libertés économiques*, Séminaire de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), 2002. Intervention : « L'application du droit européen de la concurrence aux organismes publics »
58. *L'Europe et les régions : quinze ans de cohésion économique et sociale*, Colloque de Caen au Conseil régional de Basse-Normandie, 2002. Intervention : « Historique de la politique communautaire de cohésion économique et sociale »
59. *Les organisations non gouvernementales et l'Union européenne*, Séminaire franco-allemand des Universités François-Rabelais de Tours et de Bochum à Berlin, 2002. Intervention : « La place des parlements nationaux dans le système institutionnel de l'Union européenne »
60. *La sécurité alimentaire*, Colloque de l'Université d'Aix-Marseille, 2002. Intervention : « Les implications de la sécurité alimentaire dans l'évolution de la Politique agricole commune »
61. Académie d'été de droit européen de l'Université Pierre-Mendès-France de Grenoble, 2002. Conférence : « La réforme institutionnelle de l'Union européenne »
62. *Les Communautés et l'Union européenne face aux défis de l'élargissement*, Colloque de la CEDECE à Besançon, 2002. Rapport introductif général : « Les défis institutionnels »
63. *Constitution européenne et droits fondamentaux*, Colloque de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), 2003. Intervention : « Démocratie et subsidiarité »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

64. *Le champ d'application du droit communautaire*, Journée d'étude de l'Université de La Rochelle, 2003. Intervention : « La citoyenneté de l'Union européenne »
65. *La réforme de la Politique agricole commune*, Journée d'étude de l'Université de la Côte d'Opale (Boulogne-sur-Mer), 2003. Rapport introductif général
66. Colloque franco-allemand de Cadenabbia, 2003
67. *Lecture juridique du projet de traité établissant une Constitution européenne*, Séminaire de l'Université Panthéon-Assas, 2003.
68. *La création de l'Autorité européenne de sécurité des aliments. Enjeux et perspective, Colloque de l'Université Toulouse 1 Capitole*, 2004. Intervention : « Les incidences de la sécurité alimentaire sur la politique agricole commune »
69. *Chypre dans l'Union européenne*, Colloque du GERCIE de Nicosie, 2004. Intervention : « L'adaptation de Chypre aux politiques de l'Union européenne »
70. *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Séminaire franco-allemand des Universités François-Rabelais de Tours et de Bochum à Bochum, 2004. Intervention : « Entrée en vigueur, révision et retrait dans le projet de constitution européenne »
71. Académie d'été de droit européen des Universités de Rennes 1 et Pierre-Mendès-France de Grenoble, 2004. Intervention : « Les scénarios de crise dans l'Union européenne »
72. Colloque de la CEDECE à l'Université Montesquieu (Bordeaux IV), 2004. Intervention : « Le droit des transports dans l'Union européenne »
73. *Table ronde autour de la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004. Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Journée d'étude de l'Annuaire de droit européen, 2005. Ouverture et Rapport introductif général
74. *Les animaux et les droits européens. Au-delà de la distinction entre les hommes et les choses*, Colloque de l'Université de Limoges, 2005. Intervention : « Les objectifs économiques et politiques de l'Union européenne : vecteurs ou limite de la protection des animaux ? »
75. *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Colloque de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), 2005. Intervention : « Querelles internes »
76. *Le médiateur européen : bilan et perspectives*, Colloque de l'Université de Strasbourg au Parlement européen, 2005. Intervention : « L'apport du Médiateur à la citoyenneté européenne »
77. Dixième anniversaire de la coopération entre l'Université de Prague et l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), 2005. Intervention : « Les avancées démocratiques du traité constitutionnel européen »
78. Académie d'été de l'Université de Rennes 1, 2005. Conférence inaugurale : « La solidarité dans l'Union européenne »
79. *L'avenir du traité constitutionnel*, Colloque de l'Université de Lyon, 2006. Intervention : « La diversité et la cohérence des politiques communes »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

80. *La constitution européenne après le 29 mai*, Colloque de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), 2006. Rapport introductif général
81. *L'État membre de l'Union européenne*, Colloque de l'Annuaire de droit européen et de la CEDECE à l'Université Panthéon-Assas, 2006. Intervention : « L'instrumentalisation de l'État membre »
82. Colloque franco-allemand de Cadenabbia, 2006. Intervention : « L'avenir d'une constitution pour l'Europe »
83. *Union européenne, Bulgarie et espace Mer noire*, Colloque de l'Université de Varna, 2006. Présidence d'une demi-journée
84. *L'adhésion de la Turquie à l'Union européenne*, Colloque de l'Université d'Ankara, 2007. Présidence de séance et intervention : « Les défis européens au miroir turc »
85. *Les finances communautaires à l'aube des perspectives financières 2007/2013*, Colloque de l'Université de Toulouse, 2007. Intervention : « Vers une renationalisation financière de la politique agricole commune »
86. *Les perceptions de l'Union européenne aux États-Unis*, Colloque du Centre Thucydide à Washington, 2007
87. *L'exécution du droit de l'Union européenne, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Colloque de l'Université Panthéon-Assas, 2007. Intervention : « Comitologie et administration indirecte »
88. *Le traité de Lisbonne*, Actes de la Journée d'étude de l'Annuaire de droit européen et de la CEDECE à l'Université Panthéon-Assas, 2007. Intervention : « Le traité modificatif, une révision de trop ? Rapport introductif général »
89. *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Colloque de l'Université de Caen, 2008. Conclusions générales.
90. Journée internationale de l'Université de Prague à l'occasion du 660e anniversaire de l'Université Charles de Prague, 2008. Intervention : « L'union européenne et les droits fondamentaux : du vide au trop-plein »
91. *La relance de l'Union européenne. Perspectives française et tchèque*, Colloque de l'Université Panthéon-Assas, 2008. Intervention : « De la Constitution au traité de Lisbonne »
92. Séminaire franco-allemand des Universités François-Rabelais de Tours et de Bochum à Tours, 2008. Intervention : « La présidence de l'Union européenne »
93. *Cinquante ans de droit communautaire*, Colloque de la CEDECE à l'Université Toulouse 1 Capitole, 2008. Intervention : « La prise de décision dans l'Union européenne »
94. Académie d'été de droit européen de l'Université de Rennes, 2008. Conférence : « Les présidences dans l'Union européenne »
95. *Loyauté du commerce et droit de l'Union européenne*, Colloque de l'Université de Perpignan, 2008. Intervention : « Loyauté du commerce et libre prestation de services »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

96. Colloque franco-allemand de Cadenabbia, 2009. Intervention : « Le système de la présidence de l'Union européenne »
97. *Le Rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, Colloque de Conseil d'État, 2009. Intervention : « Le discours communautariste »
98. *La PAC en mouvement. Évolution et perspectives de la Politique agricole commune*, Colloque de l'Université Panthéon-Sorbonne, 2009. Conclusions générales : « La PAC de 2013 »
99. *Le droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ?*, Colloque de l'Annuaire de droit européen à La Rochelle, 2009. Intervention : « La citoyenneté de l'Union, élément constitutif du droit constitutionnel européen »
100. *La gouvernance des retraites professionnelles en Europe*, Colloque international de l'Université de Berlin, 2009. Intervention : « La politique sociale de l'Union européenne. Compétences, procédures décisionnelles, actes juridiques »
101. *La légistique dans le système de l'Union européenne, quelle nouvelle approche ?*, Colloque de l'Université de Lille 2, 2009. Rapport introductif et présidence de séance.
102. *L'intégration européenne en crise*, Séminaire franco-allemand des Universités François-Rabelais de Tours et de Bochum à Bochum, 2010. Intervention : « La mise en œuvre d'une politique commune de l'énergie »
103. *L'euro dix ans après. Crise ou renouveau ?*, Colloque annuel de la CEDECE, 2010. Intervention : « L'euro et le marché intérieur »
104. *La question prioritaire de constitutionnalité et les droits européens*, Journée d'étude de l'Annuaire de droit européen et de la CEDECE à l'Université Panthéon-Assas, 2010. Conclusions générales
105. *Vers une politique européenne de l'énergie*, Colloque de l'Université Panthéon-Assas, 2010. Rapport introductif général.
106. *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Colloque de l'Université Paris 13, 2010. « Conclusions générales : objectifs et intérêt de l'Union européenne »
107. *La singularité de Chypre dans l'Union européenne. La diversité des droits et des statuts*, Colloque de Chypre (Limassol), 2010. Intervention : « Le statut de la partie Nord de Chypre dans l'Union européenne »
108. *Les parlements nationaux et l'Union européenne*, Colloque annuel de la CEDECE à l'Université Panthéon-Assas, 2011. Présidence de séance
109. *La PAC une politique carrefour*, Séminaire de l'Université Panthéon-Assas, 2011. Présidence de séance
110. *Les dix ans de la charte des droits fondamentaux*, Colloque de l'Université Panthéon-Assas, 2011. Intervention : « Les apports du traité de Lisbonne »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

111. *Les frontières de l'Union européenne*, Colloque de l'Université Panthéon-Assas, 2012. Rapport introductif et présidence de séance
112. *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, Colloque de l'Université de Rennes 1, 2012. Intervention : « La participation des États tiers aux politiques internes de l'Union européenne »
113. Colloque franco-allemand de Cadenabbia, 2012. Intervention : « Les méthodes et objectifs de la construction européenne »
114. *La crise financière et budgétaire en Europe : un moment de vérité pour la construction européenne ?*, Colloque du Centre d'études internationales et européennes et de la Société française de finances publiques à l'Université de Strasbourg, 2012. Présidence de séance
115. *Les paiements pour services environnementaux (PSE)*, Colloque de l'Université de Rennes 1, 2012. Intervention : « La place des PSE dans la réforme de la PAC »
116. *Santé publique et contrôles*, Journée d'étude de l'Université du Capitole (Toulouse 1), 2013. Intervention : « Les contrôles en matière de produits agricoles et agroalimentaires »
117. *L'Europe sociale et solidaire. Crise et perspectives,* Séminaire franco-allemand des Universités François-Rabelais de Tours et de Bochum à Tours, 2013. Intervention : « La réforme des ressources propres »
118. *L'Union européenne, fédération plurinationale*, Journée d'étude de l'Université de Lorraine, 2013. Intervention : « La vision de l'Européaniste sur la notion de pacte fédératif »
119. *Les collectivités territoriales face au droit de l'Union européenne. Quelle responsabilité ?*, Colloque de l'Université François-Rabelais de Tours, 2013. Rapport de synthèse
120. *Conflits de gouvernance et vérité du politique au sein de l'Union européenne*, Colloque de l'Université de Toulon, 2013. Rapport introductif : « Les limites de la gouvernance dans l'UEM »
121. *L'Union européenne : une réalité politique nouvelle*, Colloque des Universités de Paris III, Paris V et de Sciences Po Paris, 2014. Intervention : « L'évolution actuelle du système institutionnel de l'Union européenne »
122. *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Colloque annuel de la CEDECE à l'Université Montpellier 1, 2014. Intervention : « L'intégration de la protection des droits fondamentaux dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union »
123. *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Colloque de Rennes 1, 2014. Conclusions générales
124. *La nature juridico-politique de l'Union européenne*, Colloque de l'Université de Cergy-Pontoise au Sénat, 2014. Présidence de séance

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

COURS ET MISSIONS À L'ÉTRANGER – EXPERTISES – CONFÉRENCES

1. Missions d'enseignement en Centrafrique et Togo (1976, 1977, 1978, 1979)
2. UIPM Santander, Participation aux cours et conférences, 1998 : « L'agriculture et les fonds structurels » ; « L'intervention publique dans l'agriculture communautaire »
3. Conférence à l'IHEI, 1998. « Présentation générale du traité d'Amsterdam »
4. Cours à l'Université Charles IV de Prague, 1999 : « Libertés publiques et droits de l'homme »
5. Mission d'enseignement à l'Université d'État de Hanoï, 2000.
6. Formation de magistrats en Hongrie à Debrecen, 2000 ; conférences sur « Les institutions de l'UE » et sur « Les droits fondamentaux »
7. Participation au groupe de travail dans le cadre du Commissariat général au Plan sur l'avenir de la CJAI
8. Mission d'enseignement à l'Université de Tunis, 2002
9. Mission d'enseignement à l'Université d'Istanbul, 2002
10. Mission d'assistance technique en Roumanie 2002 et 2003
11. Mission d'enseignement à l'Université de Tunis, 2003
12. Mission d'enseignement à l'Université Charles IV de Prague, 2003
13. Mission d'enseignement à l'Université de Tunis, 2004
14. Mission d'enseignement à l'Université de Tunis, 2005
15. Séminaire à l'Université Charles IV de Prague, 2005 : « Les innovations démocratiques du projet de Constitution européenne »
16. Mission d'enseignement à l'Université de Tunis 2006
17. Mission d'enseignement à l'Université de Tunis, 2007
18. Mission d'enseignement à l'Université de Tunis, 2008
19. Cours à l'Université de Gand, 2009 : « La citoyenneté européenne »
20. Conférences aux Universités de Genève et de Fribourg : « La citoyenneté de l'Union européenne »
21. Mission d'enseignement à l'Université de Tunis, 2009
22. Conférence à l'IHEI, 2009 : « La France et la présidence des institutions de l'Union européenne »
23. Conférence dans le cadre de l'École doctorale SHS de l'Université de Rennes 1, 2010 : « Actualité du contentieux communautaire »
24. Mission d'enseignement à l'Université de Tunis, 2010
25. Cours Natolin au Collège, 2011 : « La Politique agricole commune » ; « Historique de la cohésion économique et sociale »
26. Mission d'enseignement à l'Université de Tunis, 2011
27. Entretien-débat CEDECE-Cherche-midi, à l'Université Panthéon-Assas, 2011 : « La citoyenneté européenne nouvelles avancées jurisprudentielles », discutant
28. Conférence IEE-ULB, 2011 : « La spécificité de la PAC », autour de la parution du *Commentaire Mégret* PAC-PCP

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

29. AERES, présidence du comité d'évaluation, Université de Strasbourg, 2011
30. Cours Natolin au Collège d'Europe, 2012 : « La Politique agricole commune »
31. Professeur invité, Université de Gand, 2012 : enseignements dans plusieurs cycles d'enseignement, notamment le Master approfondi de droit européen
32. Conférence à l'Université de Rennes 1 (« Journées d'Europe »), 2012 : « L'Europe à géométrie variable »
33. Mission d'enseignement à l'Université de Tunis, 2012
34. Conférence à la Maison de l'Europe de Metz, 2012 : « Actualités et réforme de la PAC »
35. Cours à l'Université Charles IV de Prague, 2012 : « Droit de l'Union européenne »
36. Professeur invité, Université Ferrare, 2012 : interventions dans une équipe de recherche post-master
37. Cours Natolin au Collège d'Europe, 2013
38. Conférence à Laval, licence professionnelle, 2013 : « Les défis planétaires et européens de la PAC »
39. Cours Natolin au Collège d'Europe, 2014
40. Conférence à l'Université de Nice, 2014 : « La différenciation »
41. AERES, Expertise, Université Montpellier 1, 2014

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

DIRECTION SCIENTIFIQUE

Brunessen Bertrand,
Professeure à l'Université Rennes 1

Fabrice Picod,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Sébastien Roland,
Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Travaux et publications
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

PRÉFACE

L'apport du professeur Claude Blumann au droit de l'Union européenne est considérable. Par son œuvre doctrinale et son action au sein de différentes institutions, Claude Blumann a apporté une contribution unique tant à la connaissance scientifique du droit de l'Union européenne qu'à sa reconnaissance comme discipline autonome des Facultés de droit. Il est ainsi l'un des auteurs qui ont le plus concouru à mettre au jour et même à façonner *l'identité* du droit de l'Union européenne, identité à la fois de la discipline et de son objet.

Identité disciplinaire, en premier lieu. L'action du professeur Blumann nous incite à penser la matière « droit de l'Union européenne » dans sa singularité académique, à réfléchir à la manière dont elle doit être enseignée et étudiée. Il a œuvré pour qu'elle ait une existence propre et ne soit pas abordée de façon diffuse, transversale et, finalement, cursive à travers les disciplines traditionnelles des Facultés de droit. Ses efforts ont ainsi permis sa pleine reconnaissance comme discipline autonome, depuis, notamment, la création d'un enseignement de droit matériel en L3 jusqu'à l'inscription d'une épreuve spécifique de droit européen au concours d'agrégation de droit public.

Identité de l'objet, c'est-à-dire singularité scientifique du droit de l'Union européenne, en second lieu. Par ses travaux doctrinaux, mais aussi l'animation de centres recherche, l'organisation et la participation à des manifestations scientifiques ou, encore, la direction de thèses, le professeur Blumann a contribué à clarifier les grandes problématiques fondamentales du droit de l'Union européenne, les questions « existentielles » de ce droit, pour reprendre un mot qu'il affectionne. Nature juridique de l'Union, grands équilibres institutionnels, principes et procédures, sens des politiques européennes ont été au cœur de sa réflexion.

On doit ainsi au professeur Blumann d'avoir été tout à la fois un penseur du processus d'intégration européenne, dont il s'est efforcé de révéler l'irréductible spécificité, mais aussi et, par voie de conséquence, d'avoir relevé le défi de la constitution d'une branche distincte des études juridiques. Ce travail qui a été le sien se décline en trois axes.

UNITÉ DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Le lien entre le droit institutionnel et le droit matériel a été mis en évidence de façon continue par les travaux de Claude Blumann. Rares sont finalement les auteurs qui ont mené de front des réflexions sur ces deux dimensions du droit de l'Union. Ses travaux montrent que le droit du marché intérieur,

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

les politiques européennes sont indissociables d'une réflexion sur les structures et procédures institutionnelles : les concepts qui forment l'armature du droit matériel de l'Union européenne nourrissent le droit institutionnel tout autant que celui-ci irrigue celui-là. Au fond, ce travail repose sur une conviction : celle que le droit de l'Union européenne fait système et doit donc être appréhendé dans sa globalité. À l'inverse, son étude segmentée, outre qu'elle expose au risque d'un démembrement du droit de l'Union et un cloisonnement des savoirs, interdit d'accéder à la compréhension de sa cohérence d'ensemble. Au-delà, cette unité conceptuelle est une invitation à repenser la césure entre droit public et droit interne, césure que le droit de l'Union européenne transcende.

Plus largement, la réflexion du professeur Blumann porte sur la conception du droit européen dans son ensemble : le droit de la Convention européenne est également un droit européen dont les caractères propres éloignent du droit international. Le droit européen est ainsi pensé comme un tout indissociable : il est pensé dans son unité.

L'AUTONOMIE DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

L'autonomie du droit de l'Union européenne est une exigence existentielle de ce droit. L'autonomie s'entend ici tant sous un angle conceptuel que juridique.

L'angle théorique engage d'abord toute une réflexion conceptuelle sur le droit de l'Union : peut-on utiliser des concepts traditionnels du droit interne ou du droit international pour penser l'intégration européenne ? Peut-on parler, par exemple, d'un droit constitutionnel européen, d'un droit administratif européen ? Est-il suffisant de qualifier l'Union d'organisation internationale d'intégration ? En somme, quels mots employer pour qualifier les objets du droit européen ?

Un travail de qualification s'impose donc, mais un travail de qualification qui n'est pas seulement négatif, c'est-à-dire qui ne vise pas seulement à appréhender la spécificité du droit de l'Union en soulignant les éléments qui le démarquent des modèles théoriques existants. Un travail de qualification qui doit être encore positif, c'est-à-dire qui suppose l'édification d'un *corpus* conceptuel propre.

L'autonomie peut ensuite se concevoir sous l'angle juridique : elle concerne alors les rapports aussi bien avec le droit interne, en deçà, qu'avec le droit international, au-delà. La Cour s'attache à définir des notions autonomes du droit interne des États membres. Malgré cette exigence traditionnelle, il existe un phénomène de « nationalisation du droit matériel » que le professeur Blumann a décrit. À l'égard du droit international, de manière symétrique, l'autonomie du système juridique communautaire, revendiquée par la Cour dès ses arrêts fondateurs, trouve son prolongement dans la jurisprudence *Kadi*.

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

L'autonomie – entendue à nouveau au double sens conceptuel et juridique – ne signifie pas pour autant l'isolement. L'œuvre du professeur Blumann témoigne abondamment de l'immense ouverture et de la curiosité intellectuelles qu'il a toujours manifestées, et se traduisant par une participation active aux échanges interdisciplinaires entre droit de l'Union et droit international, droit constitutionnel et théorie de l'État, droit administratif, de même qu'elle témoigne encore de son intérêt pour le thème du dialogue des juges ou, encore, celui des rapports de systèmes.

L'ÉVOLUTIONNISME DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

On doit le terme « évolutionnisme » au manuel de *Droit institutionnel de l'Union européenne* corédigé avec le professeur Dubouis. Parce que la construction européenne est intrinsèquement un processus à l'œuvre dans lequel chaque étape est tendue vers l'objectif visant à créer une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens, les auteurs évoquent, sous ce concept, le processus de « marche en avant », d'évolution constante d'une Union européenne en mouvement perpétuel.

Le droit communautaire devenu droit européen est un droit encore jeune, doué de mutabilité et fortement innovant, qui est constamment redéfini au rythme des révisions des traités et des évolutions de la jurisprudence. Sur le plan juridique, il prévoit des périodes de transition, des objectifs à atteindre qui caractérisent ce mouvement permanent : il est « pétri de téléologie », comme a pu l'écrire un des fondateurs de la discipline, Pierre Pescatore.

Le droit de l'Union est également sous-tendu par des visées politiques concurrentes : quelle communauté politique sera au bout du chemin ? Tend-on vers la constitution d'une entité fédérale ou bien l'euroscepticisme prendra-t-il le dessus ? Le pari de l'intégration peut-il être gagné contre les tentations centrifuges de certains États ?

S'établit ainsi naturellement une sorte de dialectique entre le droit et le politique qui oriente et réoriente en permanence l'Union européenne. L'Union vit au rythme de ses crises et de ses progrès dans un état d'incertitude permanent. L'évolutionnisme décrit précisément cette amphibologie fondamentale du projet européen dont les déclinaisons sont multiples : frontières de l'Europe, tension entre élargissement et approfondissement, intégration *versus* intergouvernementalisme, articulation entre obligations européennes et identité constitutionnelle des États membres, équilibre mouvant du pouvoir entre les institutions, soumission du pouvoir politique à l'Union de droit, périmètre des politiques européennes, détermination du budget.

L'Union est toujours en mouvement, son droit un droit vivant.

Brunessen BERTRAND Fabrice PICOD Sébastien ROLAND

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

strada lex
EUROPE

LE BON CITOYEN OU L'INFORTUNE D'ÊTRE EUROPÉEN

Loïc AZOULAI

Professeur à Sciences Po

Le bref texte qui suit est écrit en hommage à Claude Blumann et au travail patient et rigoureux de déchiffrage et d'analyse du droit communautaire/droit de l'Union européenne qu'il n'a cessé de mener au cours des années. Ses analyses sont comme des rocs sur lesquels nous nous reposons lorsque le flot des affaires européennes nous emporte ou nous déconcerte. Le texte qui suit ne déchiffre ni n'analyse. Il essaie plutôt de faire voir un état des choses (des choses juridiques, mais qui dépassent la chose du droit) en empruntant à la forme du récit sa force de présentation. Il est douteux qu'il parvienne à ses fins. À la fin du texte figurent certaines des références qui lui ont servi non pas à proprement parler de sources d'inspiration, mais disons, plutôt, de sous-texte.

I. Les temps étaient troublés. Partout, des voix proféraient des paroles indécentes. Le plus grand nombre, cependant, préférait se taire. Les gens vivaient avec les autres et avec les nouvelles du monde, mais l'idée d'avoir une existence commune les répugnait. Il leur suffisait de se dire : « Tout est convenance, c'est l'Europe ! C'est la sécurité. C'est l'inaliénable. » Ces mots faisaient croire momentanément à l'existence d'un ordre rassurant.

Les gouvernants cherchaient en vain la formule qui rende aux citoyens européens la possibilité d'avoir une vie heureuse et un destin commun. Tantôt ils en faisaient trop, promettant de leur donner sous la forme d'une « Constitution » la communauté de valeurs en laquelle ils purent se reconnaître. Mais personne ne peut être forcé à croire en des valeurs. Tantôt ils n'en faisaient pas assez, appelant faussement « Pacte » ce qui n'était qu'une vague entente entre eux. Les gouvernés étaient floués. Les citoyens se sentaient abandonnés. Les gouvernants semblaient perdus. En coulisses, ceux-ci déclaraient crânement : « Nous avons fait l'Europe. Qu'aurions-nous à gagner à faire les Européens ? »

Face au danger, tous les gouvernants reconnaissaient l'indissociabilité de leurs liens. Cependant, nul ne voulait admettre que cela fût plus qu'un choix organisationnel. Sans doute, se disaient-ils, ne suis-je rien sans les autres, mais eux ne peuvent rien sans moi. Et c'est ainsi qu'ils s'enfermaient dans un cercle, choisissant de se laisser lier par le sort plutôt que d'être unis par la pensée. « Nous ne sommes pas un tout, disaient-ils. Nous formons un

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

club ; chacun ici est l'égal des autres. Nous sommes un cercle ; nous nous touchons sans nous confondre. »

La contestation montait au sein de petits groupes organisés. Une sorte d'abdication, un consentement à ne rien faire gagnait les esprits les plus alertes. « À quoi bon l'Europe, à quoi bon tout cela ? » La formule revenait à tout propos. Ainsi, l'on renonçait à ce qui avait été. Et ce qui était perdait tout pouvoir d'attraction. L'Europe sortait épuisée de la grande crise, elle était comme usée, associée à tous les processus de désocialisation aisément identifiables : libéralisation, délocalisations, dégradation des conditions de vie, standardisation. Il ne se trouvait personne, semble-t-il, pour empêcher de la laisser se perdre. C'est ailleurs que se cherchaient les voies du salut : soit dans un espace parallèle où les gouvernants ne se lieraient plus qu'à leur guise, libérés du poids de cette Europe « institutionnelle », soit dans le projet de reformer des chapelles et des communautés nationales ou locales.

II. À peine arrivé dans ce nouveau pays, l'Européen se présenta aux autorités et leur adressa cette requête :

— Faites en sorte que je puisse m'installer.

— Votre requête est légitime, lui répondit-on.

Sur quoi on exigea qu'il présente ses papiers. Puis on le pressa de questions sur ses origines et sa vie de famille. Comme il n'avait pas de raison de s'opposer à ces demandes et qu'au fond, il avait peu à cacher, il s'exécuta. L'agent enregistra soigneusement toutes ses réponses tout en ne cessant d'examiner sa carte d'identité cherchant on ne sait quoi qui pût l'intéresser. Cela prit un temps considérable.

— Vous êtes des nôtres à présent, lui dit enfin l'agent. Comprenez-nous : organiser l'hospitalité n'est pas chose facile. Il convient de procéder à quelques vérifications pour nous assurer que toutes les conditions pour que vous passiez un bon séjour sont remplies. Nous accueillons tant de personnes. Cela engendre un énorme travail ; comprenez-nous : il nous faut être à jour. Au reste, ce que vous voulez bien nous dire nous suffit. Il ne nous importe pas de connaître les détails de votre situation.

Ces mots contredisaient l'examen qu'il était en train de subir.

— Vous êtes le bienvenu parmi nous, ajouta-t-il avec entrain. Vous êtes libre de travailler et de vous distraire.

— Suis-je libre de ne rien faire ?

— Ne rien faire n'est pas un crime. Mais sachez qu'ici, nous travaillons à faire œuvre commune : nous sommes attachés au bien-être de nos concitoyens.

Ce pays ne lui était pas tout à fait inconnu. Enfant, sans qu'il en distinguât clairement les raisons, il l'avait reconnu comme sa terre d'élection. Il pouvait passer de longues heures à tracer les contours dentelés du pays imaginé

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

sur les pages de ses cahiers d'écolier. Le peu de choses qui venaient de là-bas et qu'il pouvait trouver l'enchantait. Il trouvait en elles une harmonie et une élégance qu'il prêtait volontiers par extension à tous les êtres peuplant ce pays lointain. Manière de s'unir à eux ; manière aussi de s'excepter du lot commun. Cependant, les habitudes changeaient dans son pays. Elles suivaient le commerce qui se développait rapidement et, bientôt, toutes les choses qu'il convoitait se présentèrent sur les étals des marchés locaux, flanqués, comme pour en rehausser la valeur, des couleurs du pays d'origine. Il cessa d'en goûter le délicieux exotisme.

Depuis qu'il avant franchi des frontières pour s'installer dans ce pays d'adoption, les objets qui l'entouraient généraient en lui une sensation d'étrangeté, comme si ce qui était si naturellement produit et présent sur cette terre s'accordait mal avec elle. Cette sensation s'étendait et affectait tout ce qu'il voyait. Ni les choses ni les êtres ne lui semblaient être à leur juste place. Il en vint à l'idée qu'il était peut-être faux de rechercher une place. Il voulait avoir le droit d'être reconnu en tous lieux. L'ennui, c'est qu'il lui fallait pour cela accepter de vivre parmi les autres, de passer sous la vue de ses semblables, de faire corps avec eux. Certes, il lui avait été loisible d'élire un nouveau territoire et de s'intégrer à une nouvelle société. Mais il lui semblait que, pour exister, il fallait encore que celle-ci le choisît. Quelle liberté avait-il ? Celle de se lier, de partager ce qu'il avait, même s'il n'avait rien d'autre que cette volonté de vivre hors de la vie commune.

À force de vivre dans ce pays et de fréquenter des autochtones, il apprit ceci : qu'il est dur d'être étranger dans un pays où les autorités se forcent à vous traiter comme un citoyen, égal à tous les autres. Il apprit aussi qu'il n'est pas facile de cesser de l'être. On le prévint que, s'il ne prenait pas garde à son comportement, il risquait d'être renvoyé chez lui où il n'était pas certain de retrouver un toit. Dans son pays, on s'inquiétait. S'il était parti, c'est peut-être qu'il avait commis quelque action coupable. Aucun départ n'est innocent. Il en tira une morale amère : « Si je quitte mon pays, je ne suis plus rien pour lui. Si je cherche à faire mienne la société qui m'accueille, on me reproche d'avoir fui mon pays et on me prive des moyens d'exister. S'établir où là il n'y a aucune garantie d'existence, n'est-ce pas l'exigence qui justifie l'appel à l'Europe ? » Interpellée, l'Europe prit la parole :

— Vous avez tous les droits. Mais prouvez d'abord que vous existez.

Or exister voulait dire répondre à la loi d'une origine.

— J'ai trahi mon pays, répondit l'Européen. Je ne puis répondre d'aucune origine.

— Dans ce cas, nous vous permettrons de demeurer quelque temps ici.

Disant cela, elle désigna un espace neutre, relativement abstrait, mais nullement hostile, où tout semblait permis bien qu'on l'avertît qu'il n'y jouissait d'aucun droit particulier. Il s'y trouva bien : il recouvrait sa souveraineté. Il émit le vœu de prolonger son séjour. Mais, un jour, l'Europe vint et lui dit :

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

— Ne faites pas l'enfant. À présent, il faut rentrer chez vous.

— Chez moi ?

Il ne savait pas où aller.

III. Il ne souhaitait pas retourner d'où il venait. Rentrer eût signifié usurper une place. Il ne demandait rien d'autre que demeurer là où il se trouvait. Ses hôtes firent comme s'il avait toujours été parmi eux. On ne le dérangea que pour s'assurer que le ficher placé au registre central des étrangers qui portait son nom était à jour.

Un homme qui paraissait fort âgé vint le voir.

— Ma femme est une étrangère, lui dit-il. Mon premier mariage fut un échec. Les enfants nés de ce mariage n'ont pas vraiment connu leur mère. Pour ma part, je voyage beaucoup pour mes affaires. L'Europe est mon territoire. Cette étrangère est une épouse fidèle et loyale, tous ceux qui la connaissent l'apprécient, sa conduite est irréprochable et elle a pour mes enfants le plus tendre attachement.

— Pourquoi me racontez-vous cela ? dit l'Européen, gêné par ces propos et cherchant à s'en éloigner.

— Je vous vois chaque jour, répliqua le vieil homme ; vous vous promenez longuement. J'ai pour vous une certaine sympathie. Je voudrais vous aider. Écoutez mon conseil. Ne faites pas parler de vous. Mariez-vous ; faites des enfants. C'est la meilleure manière de vous faire reconnaître.

Il comprit assez vite ce que cet homme voulait dire. La population de ce pays ne se souciait point des questions politiques et sociales, de justice, de sécurité ou d'intégration. Elle se moquait des chiffres et des théories. Elle n'envisageait pas la possibilité du grand nombre. Elle n'était sensible qu'aux vies minuscules. Chose remarquable, elle ne distinguait pas entre les bonheurs privés et les situations d'injustice, accordant aux uns et aux autres la même délicate attention. L'équité était sa loi.

Les gens qu'il rencontrait aimaient à parler par cas. Le cas qui revenait le plus souvent dans leurs récits était celui de cet étranger qui, arrivé dans les pires conditions, rejeté, démuni, incapable de satisfaire aux conditions minimales de l'accueil, s'était si bien conduit qu'il avait fini par être élevé au rang de « citoyen d'honneur ». On racontait qu'interpellé par les autorités alors qu'il rentrait de son travail non déclaré, il n'avait pas fui ; car il s'était reconnu dans cette interpellation. Tels furent à peu près ses propos : « Je ne suis pas né ici. Je ne connais pas l'Europe et je n'ai aucun moyen de la connaître. J'ai ignoré la loi et mes serments n'ont aucune valeur. Cependant, je vous prie de considérer ma conduite et mes actes. Mon seul but est de faire honneur aux miens et à cette ville qui m'a accueilli. » Il n'était pas difficile de discerner dans cette déclaration la vérité d'une vocation. Fallait-il qu'il crût en la liberté pour s'exprimer ainsi. Mais, aux autorités, cela ne suffisait pas. La loi est la loi. C'est faute que de s'y soustraire. Pourtant, les

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

gens se reconnaissaient en lui. L'affaire fut portée en justice. Or, en Europe, le juge étant un, il est double, parlant non seulement la voix du peuple, mais aussi celle des autres. Celui-ci eut la force de dire :

— Aimer, être aimé de sa famille, vouloir vivre avec les siens sont des choses éminemment respectables. Mais cela ne compte pas. Il faut des circonstances concrètes propices à l'intégration. Les origines et la condition de cet homme ne plaident pas en sa faveur. Mais les motifs qui l'ont conduit chez nous sont nobles et ses dispositions sont vertueuses. Toute sa vie se rassemble en un centre et ce centre ne se divise pas. Je reconnais l'unité et la dignité de cette vie. En conséquence, j'exige que toute sa puissance d'agir lui soit restituée. Il demeurera : qu'on lui donne un toit, qu'on lui fasse un statut.

Ces paroles étaient gravées. Elles donnèrent aux gens de nouvelles raisons d'espérer. Ainsi une nouvelle loi était donnée ? Une nouvelle alliance passée ? On pouvait croire qu'une vie nue importait plus que la légalité d'une condition. Mais ces paroles déplurent aux autorités qu'elles privaient de leur pouvoir d'intercession. Alors commença une singulière entreprise. De nouveaux cas, semblables, furent jugés et à chaque fois il ne fut question que de jouer avec les mots, remplacer un mot par un autre, employer des formules mortes qui privaient de leur éclat les paroles prononcées. Les autorités ne semblaient avoir appris les mots du juge que pour mieux les ignorer et, les associant aux circonstances les plus triviales, elles les détournèrent de leur sens initial. Lorsque le juge évoquait le « centre » d'une vie, elles recherchaient des faits matériels en négligeant les éléments émotionnels et les exigences morales. Ou bien, lorsqu'il soulignait l'importance de tenir compte des circonstances qui sont dans chaque cas « spécifiques » et « concrètes », les autorités s'évertuaient à inscrire dans la loi des formules abstraites telles que « la protection ne sera accordée que dans les circonstances suivantes : [...] » : suivait une énumération de motifs laissant place à l'interprétation. Ainsi, la loi mettait en question l'équité en l'imitant. Les phrases prononcées étaient encore reconnaissables, mais le sens qui les avait vues naître était perdu.

IV. Cet exemple éclaira l'Européen sur sa condition. Où situer l'unité de sa propre vie ? Elle ne lui était pas donnée par une famille. Il ne partageait pas le souci du soin. De plus, il n'appartenait pas au monde du travail ni d'ailleurs à aucun groupe. Certes, il prenait sa part à la société marchande, mais celle-ci, tout en lui prêtant des qualités de décision qu'il n'avait pas, ne lui restituait aucun nom propre. Il se contentait d'être là ruinant par sa seule présence le sens du mot appartenance. Pourtant, vivre seul n'était pas son but. Il aspirait à la mutualité qu'autorisent les rapports humains.

On lui suggéra de s'engager au service de l'État. Il accomplirait ainsi son destin qui était de se lier à une communauté tout en demeurant à l'écart de la vie sociale. Il obtint un rendez-vous avec un magistrat haut placé qui le reçut en souriant.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

— J'ai de la sympathie pour votre requête, lui dit-il. Mais nous ne pouvons y accéder que si votre engagement est total. Il vous faudra accepter d'assumer les fonctions les plus délicates et peut-être les plus périlleuses. Le fait que vous ne soyez pas un citoyen de notre État ne s'y oppose pas. Car, en entrant sur ce territoire, sans le savoir, vous avez conclu un pacte avec nous. Le lien de loyauté qui s'établit naturellement à l'égard de l'État qui vous a vu naître et vous a donné un nom ne s'est pas rompu ; mais il nous a été transmis et nous en avons désormais la garde.

Il s'excita à prononcer ces mots obscurs.

— Voyez-vous, c'est cela l'Europe : un partage qui répartit les liens sans en créer aucun, un pont de loyauté qui communique des engagements qu'elle-même est incapable de passer.

L'Européen ne saisissait pas bien la nature et le sens de cette intervention. Elle lui semblait sous-tendue par des motifs inavouables. Mais l'essentiel pour lui était qu'elle donnait raison à sa démarche.

Celle-ci trouva moins d'écho auprès des autres magistrats. Eux s'en tenaient à des principes simples : « Nous vous avons reconnu le droit de demeurer sur notre territoire. Quant à vous incorporer… Les termes de notre Constitution sont clairs : le rapport particulier de solidarité et de loyauté entre l'État et ses ressortissants, ainsi que la réciprocité des droits et des devoirs, qui se trouvent au fondement du lien de nationalité, sont des liens sacrés. Aussi proche que vous soyez de nous, nous ne saurions vous assimiler. Votre corps ne nous appartient pas. Il s'ensuit que votre demande ne saurait prospérer. »

Rejeté hors des hautes sphères de l'État, il se retrouvait à errer. Il prit sa voiture et dut parcourir de longues distances, car, sans le chercher, il atteignit les confins de l'État. Un nouveau pays : c'était peut-être le commencement d'une nouvelle vie. Peu après avoir passé la ligne frontière, il aperçut un homme sur le bord de la route, visiblement un étranger, apeuré et démuni. Il arrêta la voiture et le fit monter. L'homme voulait entrer sur le territoire que lui venait de quitter. Il accepta de l'aider. Il reprit la route dans l'autre sens. Mais, aussitôt qu'ils franchirent la frontière, ils furent pris. L'Européen comparut devant le haut magistrat qui l'avait reçu tantôt.

— Vous vous êtes rendu coupable d'une méchante action, lui dit celui-ci d'un air tout à fait désolé. Vous avez aidé un passager à entrer illégalement sur notre territoire. Cette action représente une menace directe pour la tranquillité et la sécurité physique de notre population. Vous avez troublé l'ordre. Que souhaitez-vous dire pour votre défense ?

— Mon action n'était pas dirigée contre votre État, osa-t-il. Elle n'était animée d'aucun but. J'ai simplement cru devoir répondre à l'appel du cœur.

— Vous vous trompez, reprit le magistrat. Il n'y a plus d'État. Chacun peut désormais circuler à sa guise et composer sa vie. C'est la société qui vous accueille et vous protège que vous avez trahie. Se peut-il que vous

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

n'ayez aucun sentiment pour elle et pour les valeurs de liberté, de sécurité et de justice qu'elle défend ? Je regrette, ma décision est prise : vous devrez quitter le pays et ne plus y revenir.

Sur ces mots, les forces de l'ordre l'emmenèrent.

À ce moment, se tournant vers son assesseur, le magistrat murmura :

— Sans doute, il n'en pouvait aller autrement. Mais, croyez-moi, nous perdons un bon citoyen, je regrette, je regrette vraiment.

Références

I. La première citation du texte : « Tout est convenance… » est d'Emmanuel Levinas in *Sur Maurice Blanchot* (Montpellier, Fata Morgana, 1975), p. 61. Le renvoi à Maurice Blanchot n'est pas hasardeux. Le style et les accents du récit qui précède doivent beaucoup à deux récits de Blanchot rédigés en 1935 et 1936, réunis et publiés sous le titre *Après coup* (Paris, Éd. de Minuit, 1983).

Le deuxième paragraphe renvoie au Traité établissant une Constitution pour l'Europe ainsi qu'au récent « Pacte budgétaire », du nom donné au Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire. La paternité de ce titre (« Pacte budgétaire » ou « Fiscal Compact » en anglais) revient à Mario Draghi, l'actuel président de la Banque centrale européenne, dans une allusion directe aux *Papers* d'Hamilton et à la fameuse sentence : « The origin of all civil government, justly established, must be a voluntary compact between the rulers and the rules » (1775). Ce point est établi par l'étude de F. Fabbrini : « The fiscal compact, the "Golden rule" and the paradox of European federalism », *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 36, 2013, p. 1.

C'est Borislaw Geremek, alors député européen, qui, en 2008, détourna la célèbre formule de Massimo d'Azeglio (« Abbiamo fatto l'Italia, si tratta adesso di fare gli italiani ») pour l'appliquer à l'Europe.

L'idée d'une Europe formant un « cercle » ou un « club » de gouvernements liés par le sort et les événements plutôt que par des règles et des institutions supranationales est défendue par Luuk van Middelaar dans son ouvrage *Le passage à l'Europe. Histoire d'un commencement* (Paris, Gallimard, 2012). Je discute cette thèse ainsi que les aspects plus généraux de l'appartenance des États à l'Union européenne dans une étude intitulée « Appartenir à l'Union » (in *Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015).

II. « Faites en sorte que je puisse m'installer » est la formule qui essaie d'enfermer la condition essentielle du citoyen de l'Union, laquelle consiste à jouir du bénéfice de règles favorisant son intégration dans les autres États membres. Selon cette conception, la règle de non-discrimination qui est au cœur du droit de la citoyenneté doit être comprise non pas tant comme une

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

règle prohibant de discriminer les non-nationaux que comme une règle obligeant à intégrer les ressortissants des autres États membres dans la société du pays d'accueil. Cela implique que les autorités nationales sont forcées de revoir et d'élargir leur cadre de représentation et leurs procédures de décision : voir notre étude « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », *Mélanges Jean-Paul Jacqué. Chemins d'Europe* (Paris, Dalloz, 2010), p. 1.

Les formalités imposées à l'arrivée de l'Européen renvoient à l'article 8 de la directive 2004/38 ainsi qu'à l'important arrêt de la Cour de justice du 16 décembre 2008, *Huber* (aff. C-524/06). Sur les conditions plus générales du séjour en vertu de la directive 2004/38 et leur application dans les différents États membres, nous renvoyons au travail réalisé dans le cadre du XXVI[e] Congrès de la FIDE : U. NEERGAARD, C. JACQUESON et N. HOLST-CHRISTENSEN (eds), *Union Citizenship : Development, Impact and Challenges* (Copenhague, DJØF Publishing, 2014).

L'idée d'une « union des peuples » par l'échange des productions, l'ajustement des préférences et le formatage des habitudes de consommation se dégage clairement des célèbres arrêts de la Cour de justice sur les alcools : C.J.C.E., 27 février 1980, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-170/78, *Rec.*, p. 417 ; C.J.C.E., 12 mars 1987, *Commission c. Allemagne*, aff. C-178/84, *Rec.*, p. 1227. Voir également M. DANI, « Assembling the fractured European consumer », *European Law Review*, (2011), 36, p. 262.

La leçon apprise par l'Européen sur le caractère essentiellement incertain et même paradoxal de son statut découle de l'ensemble du régime de la citoyenneté de l'Union : individu qu'il convient d'intégrer et qui bénéficie même, pour ainsi dire, d'une présomption d'intégrabilité, le citoyen de l'Union ne saurait cependant être entièrement assimilé, car ainsi que l'exprime l'avocat général Bot dans l'affaire *Wolzenburg* (6 octobre 2009, aff. C-123/08, *Rec.*, p. 290), « le droit communautaire n'a pas pour objet d'abolir toute différence de traitement dans le droit d'un État membre entre les ressortissants de cet État et les autres citoyens de l'Union ».

Dans le même paragraphe, l'Européen passe de la leçon apprise à une morale « amère ». C'est le résultat d'un passage à la limite qui se produit quand l'expérience transnationale échoue faute de trouver des points d'ancrage dans les États membres : c'est l'expérience de M. Rottmann dans le cas du même nom (C.J.U.E., 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, *Rec.*, p. 1449). Ces points d'ancrage demeurent indispensables comme le rappelle Dominique RITLENG dans son étude sur « La citoyenneté de l'Union : d'une citoyenneté interétatique à une citoyenneté fédérale ? » (in *L'Union européenne, un espace à visage humain. Liber amicorum en l'honneur d'Yves Gautier*, Bruxelles, Bruylant, à paraître). S'ils viennent à manquer, la sécurité du statut de citoyen de l'Union n'est plus assurée. Ce passage crée donc la nécessité de forger un nouveau statut qu'on peut appeler « transitionnel » en complément du statut transnational qui découle des règles du

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

traité. Cette notion d'« aire transitionnelle » évoque un peu rapidement le concept développé par D.W Winnicott à propos du développement de l'enfant (D.W. WINNICOTT, *Jeu et réalité. L'espace potentiel*, Paris, Gallimard, rééd. 2012). Cependant, l'idée d'une zone neutre dans laquelle les liens à la réalité sont relâchés, condition même de la mise en place d'une bonne structure de développement et d'un rattachement construit à la réalité, n'est pas étrangère à la manière dont la Cour se représente la situation de M. Rottmann, qui est placé sous la protection du droit de l'Union en attendant de recouvrer un lien de nationalité qui puisse le soustraire au statut d'apatride. Sur ce point, voir notre étude « L'autonomie de l'individu européen et la question du statut », *EUI Working Paper LAW* 2013/4 (disponible sur www.eui.eu).

III. L'histoire de l'homme âgé évoque le cas *Carpenter* bien connu (C.J.C.E., 11 juillet 2002, aff. C-60/00, *Rec.*, p. I-6279). Elle attire l'attention sur la justification donnée par la Cour à l'octroi d'un statut de résident à l'épouse d'un ressortissant communautaire qui a enfreint les lois du Royaume-Uni sur l'immigration. Au point 44 de cet arrêt, la Cour évoque le soin apporté par cette épouse à la garde des enfants de son mari ; elle rappelle également que, depuis son arrivée au Royaume-Uni, M^me^ Carpenter « n'a fait l'objet d'aucun reproche de nature à faire craindre qu'elle constitue à l'avenir un danger pour l'ordre public et la sécurité publique ».

Sur l'opposition de l'équité à la justice, je souhaite renvoyer à l'étude d'Édouard DUBOUT publiée dans ces *Mélanges*. Dans « L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'*homo europeus* », il pointe la nécessité de penser l'individu dans la communauté et sur le fondement d'une réflexion plus générale sur « la question de la justice ». Cela me paraît être une remarque très importante. Et, cependant, l'on ne peut exclure que la question de la justice demeure absente non seulement par défaut d'institutionnalisation des conditions d'une telle réflexion, sur lequel Édouard Dubout insiste lui-même, mais encore par rejet dans les mentalités de toute idée de principe. Il est possible que nous soyons contraints de construire le statut de l'Européen à partir seulement des situations d'injustice particulières qui surviennent ici et là.

Le cas édifiant qui est raconté ensuite est une reprise stylisée du fameux cas *Ruiz Zambrano* (C.J.U.E., 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Rec.*, p. I-1177). L'idée de l'interpellation qui y est insérée vient de Louis Althusser et de sa fameuse théorie de l'assujettissement (« Idéologie et appareils idéologiques d'État (notes pour une recherche) », in *Positions*, Paris, Éd. Sociales, 1976 ; le texte peut être trouvé online). Cette théorie a fait l'objet d'un commentaire renouvelé par Judith BUTLER in *The Psychic Life of Power. Theories in Subjection* (Stanford, Stanford University Press, 1997). Sur ce commentaire, on lira avec profit P. MACHEREY, « Judith Butler and the Althusserian theory of subjection », *Décalages*, (2013), vol. 1, Issue 2. Signalons, enfin, le travail de Samuli Hurri qui utilise la notion althussérienne d'interpellation dans sa reconstruction de la jurisprudence de la Cour de justice sur la libre

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

circulation des personnes : S. HURRI, *Birth of the European Individual. Law, Security, Economy* (Londres, Routledge, 2014).

Il n'est pas utile de revenir en détail sur l'affaire *Ruiz Zambrano* tant les commentaires qui y ont été consacrés en doctrine sont abondants. L'exercice de réécriture entrepris par la Cour à la suite de cet arrêt est tout aussi documenté : la première pièce a été posée dans l'arrêt *McCarthy* du 5 mai 2011 (aff. C-434/09, *Rec.*, p. I-3375) ; cet arrêt a été suivi par l'arrêt *Dereci* (15 novembre 2011, aff. C-256/11, *Rec.*, p. I-11315) dans lequel la Cour souligne que le seul désir de vivre avec les membres de sa famille ne suffit pas. Ont suivi de nombreux arrêts parmi lesquels *Iida* (8 novembre 2012, aff. C-40/11), *Ymeraga* (8 mai 2013, aff. C-87/12) et jusqu'à *Alokpa* (10 octobre 2013, aff. C-86/12). Bien entendu, il convient d'ajouter que cette série a été abondamment alimentée, mais aussi accompagnée, par une multitude d'actes juridictionnels dans les États membres de l'Union (sur laquelle on consultera utilement le dernier rapport produit au Congrès de la FIDE suscité ; également C. O'BRIEN « I trade, therefore I am : legal personhood in the European Union », (2013), 50(6), *Common Market Law Review*, p. 1643).

Le caractère révolutionnaire de la décision *Ruiz Zambrano* a souvent été relevé – révolution avortée. Ce qui l'a moins été, c'est la nouvelle alliance qui en résultait. Au fond, la Cour prenait dans cet arrêt possession du territoire et de la population des États membres. Tout en appliquant en apparence les formes de raisonnement téléologiques classiques, elle s'écartait du point d'équilibre qui avait présidé à l'application des règles du marché intérieur selon lequel les gouvernements acceptaient de perdre, et parfois de perdre gros, dans des situations particulières, dans la mesure où, d'une part, ils savaient bénéficier des avantages systémiques et à long terme de la construction du marché intérieur et, d'autre part, ils demeuraient les interlocuteurs privilégiés et écoutés de la Cour et des institutions européennes. Avec *Ruiz Zambrano*, plus encore qu'avec l'arrêt *Metock* (C.J.C.E., 25 juillet 2008, aff. C-127/08, *Rec.*, p. I-6241) qui l'avait précédé, toutes ces garanties tombaient. On peut dire qu'une véritable « constitutionnalisation » était à l'œuvre : les citoyens entraient en relation directe avec l'Union par l'entremise de la Cour. C'est ce qui, dans les conditions actuelles du processus d'intégration, ne pouvait passer. Sur cette idée de changement d'alliance dans les stratégies des dirigeants politiques, Paul Veyne a écrit un texte stimulant : « L'individu atteint au cœur par la puissance publique », in P. VEYNE e.a., *Sur l'individu* (Paris, Seuil, 1987).

IV. La question de l'appartenance des individus a évidemment une résonance profonde dans la théorie politique et sociale. Il est notable qu'elle ait pris dans le droit jurisprudentiel européen une importance sans cesse croissante, d'ailleurs non pas seulement dans le droit de l'Union, mais également dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. On décèle ce thème sous une variété de termes employés par la Cour tels que « liens réels », « intégration » ou « rattachement » (voy. S. BARBOU DES PLACES, « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

personnes ? », *Revue des Affaires européennes*, 2013/4, p. 689). La notion d'appartenance est expressément utilisée, par exemple, dans C.J.U.E., 19 juin 2014, *Jessy Saint Prix*, affaire C-507/12, point 41.

L'allusion à la société marchande qui prête des qualités de décision, mais ne donne pas de nom, est une référence à la figure si présente de l'agent rationnel dans la législation et la jurisprudence européennes : c'est l'individu organisé capable de faire des choix informés et de prendre des décisions autonomes que l'on trouve sous les traits du « consommateur avisé » mais c'est aussi bien celle du patient bien informé dans la directive sur les droits des patients ou encore celle du citoyen capable de s'organiser dans les régimes européens de droit international privé touchant à la famille, que ce soit en matière de divorce ou de succession.

L'idée de s'adresser à l'État pour créer un lien communautaire universel renvoie en premier lieu à Hegel : voir, notamment, A. HONNETH, *Les pathologies de la liberté. Une réactualisation de la philosophie du droit de Hegel* (Paris, La Découverte, 2008) ; J.-F. KERVÉGAN, « Le "droit du monde". Sujets, normes et institutions », in J.-F. KERVÉGAN (dir.), *Hegel penseur du droit* (Paris, éd. du CNRS, 2004).

La suggestion d'ouvrir l'accès aux activités impliquant une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique et à le faire sur la base du droit de la citoyenneté de l'Union heurte à l'évidence une jurisprudence constante de la Cour. Mais elle n'est pas absurde et ce passage s'inspire de l'analyse audacieuse de l'avocat général Cruz Villalón dans les affaires concernant l'accès au corps national des notaires jugées par la Cour le 24 mai 2011 (*Commission c. Belgique*, aff. C-47/08 ; *Commission c. France*, aff. C-50/08 ; *Commission c. Luxembourg*, aff. C-51/08 ; *Commission c. Autriche*, aff. C-53/08 ; *Commission c. Allemagne*, aff. C-54/08, *Rec.*, p. I-4195). Dans ses conclusions, l'avocat général parle d'un pacte et élabore l'idée d'un « cadre de loyauté » (sur lequel on lira notre étude « Le sujet des libertés de circuler », in E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'Unité des libertés de circulation dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 385).

Les « termes de notre Constitution » sont tirés d'un passage du point 51 de l'arrêt *Rottmann* sus-cité.

Le dernier paragraphe esquisse une discussion sur les fondements moraux du régime de la citoyenneté de l'Union. Elle évoque deux arrêts de la Cour : l'arrêt *Onuekwere* du 16 janvier 2014 (aff. C-378/12) dont elle reprend certains faits et l'idée du « sentiment de la citoyenneté » et l'arrêt *P.I.* du 22 mai 2012 (aff. C-348/09) dont elle reprend la notion de « menace directe pour la tranquillité et la sécurité physique de la population » et l'idée d'une socialisation du concept d'ordre public (sur laquelle on lira L. AZOULAI et S. COUTTS, « Restricting Union citizens' residence on grounds of public security. Where Union citizenship and the AFSJ meet », *Common Market Law Review*, 2013, p. 553).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

La distinction opérée par le magistrat (« Il n'y a plus d'État/C'est la société que vous avez trahie ») me paraît indiquer l'un des enjeux essentiels en la matière. La responsabilité des citoyens a été classiquement envisagée à travers une théorie des devoirs envers l'État et la communauté politique. De là, d'ailleurs, une difficulté constante, chez les meilleurs esprits, à concevoir une véritable citoyenneté européenne (R. ARON, « Une citoyenneté multinationale est-elle possible ? », *Commentaire*, vol. 14, nº 56, 1991, p. 695). En retour, le régime de la citoyenneté de l'Union s'est clairement construit sur le fondement d'un principe d'anarchie, de contestation radicale des prérogatives de l'État (ce point est explicite et avancé sans nuance chez D. KOCHENOV, « EU citizenship without duties », *University of Groningen, Faculty of Law Research Paper Series*, No. 15/2013 [disponible online]). La question à présent paraît être celle de savoir non pas comment revenir sur ce principe mais comment le structurer de manière à éviter de tomber dans les pathologies de l'individualisme et de l'indétermination. À côté de l'État, la voie de la société semble être ouverte, c'est-à-dire la possibilité de s'adosser à la vie sociale pour identifier l'infrastructure morale dont il conviendrait de doter le régime des droits de la citoyenneté. Cette idée me paraît déjà à l'œuvre dans la jurisprudence de la Cour comme notre commentaire de l'arrêt *P.I.* tentait de le montrer. Elle peut se revendiquer d'une certaine tradition, comme le montre B. KARSENTI dans « Carl Schmitt et les collectifs politiques » (in L. KAUFMANN et D. TROM, *Qu'est-ce qu'un collectif ? Du commun à la politique*, Paris, Éd. de l'EHESS, 2010). Karsenti oppose à Carl Schmitt la perspective dessinée par Hermann Heller, mais aussi déjà par Hobbes. On ne saurait oublier que le concept de « la tranquillité, [de] la sécurité et [de] l'ordre » que la Cour mobilise abondamment dans sa jurisprudence est un concept central chez Hobbes. Cependant, cette idée d'une socialisation de l'ordre public, qui refuse d'assimiler l'individu à l'État et qui élargit l'horizon de la recherche des valeurs structurantes au-delà de la société nationale, présente bien des ambiguïtés. C'est d'ailleurs sur des phrases ambiguës que se termine ce récit. C'est de là que devra repartir la réflexion.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le bon citoyen ou l'infortune d'être Européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

L'OBJECTIF DE SÉCURITÉ ENTRE PESC ET ESLJ : QUELQUES RÉFLEXIONS À PARTIR DE L'AFFAIRE C-130/10 (C.J.U.E., 19 JUILLET 2012, *PARLEMENT EUROPÉEN C. CONSEIL*)

Isabelle BOSSE-PLATIÈRE

Professeur à l'Université Rennes 1
Chaire Jean Monnet en droit de l'Union européenne
Responsable du Centre de Recherches européennes de Rennes (CEDRE),
équipe de l'IODE (UMR CNRS 6262)

Quiconque s'intéresse au droit de l'Union européenne sait à quel point il est parfois délicat, à la lumière des traités, d'articuler les différents domaines relevant de son action extérieure. L'abondant contentieux de la base juridique des actes en matière externe témoigne de cette difficulté que l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, en dépit de la réorganisation du cadre juridique de l'action extérieure, n'a pas fait disparaître, loin de là (1) ! Une telle difficulté résulte, le plus souvent, du système de répartition horizontale des compétences au sein de l'Union, qui enchevêtre, de manière complexe, les compétences attribuées à l'Union et les objectifs généraux assignés à son action (2). L'articulation entre la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) s'est trouvée au cœur de l'affaire C-130/10 ayant donné lieu à l'arrêt en date du 12 juillet 2012, dans laquelle était en cause la base juridique du règlement (UE) nº 1286/2009 du Conseil du 22 décembre 2009 instituant des mesures restrictives à l'encontre de personnes liées à Al-Qaida. Le Parlement contestait en effet que ce règlement puisse être valablement fondé sur l'article 215,

(1) La vitalité du contentieux de la base juridique en matière d'action extérieure a rarement été aussi grande : depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, pas moins de sept arrêts ont été rendus par le juge de l'Union : C.J.U.E., gde ch., 19 juillet 2012, *Parlement européen c. Conseil*, aff. C-130/10 ; C.J.U.E., 26 septembre 2013, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-431/11 ; C.J.U.E., gde ch., 22 octobre 2013, *Commission c. Conseil*, aff. C-137/12 ; C.J.U.E., 27 février 2014, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-656/11 ; C.J.U.E., gde ch., 11 juin 2014, *Commission c. Conseil*, aff. C-377/12 ; C.J.U.E., gde ch., 24 juin 2014, *Parlement européen c. Conseil*, aff. C-658/11 ; C.J.U.E., gde ch., 7 octobre 2014, *Allemagne c. Conseil*, aff. C-399/12.

(2) Cl. Blumann, « Conclusions générales », in E. Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, coll. Droit de L'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2013, 438 p., pp. 413 et s. Également Cl. Blumann, « Objectifs et principes en droit de l'Union européenne », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, éd. Apogée, 2006, pp. 39 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

paragraphe 2, TFUE (3) et revendiquait le recours à l'article 75 TFUE (4), ces deux dispositions ayant été nouvellement introduites par le Traité de Lisbonne.

Les rapports entre PESC et ELSJ de l'Union soulèvent des problèmes spécifiques tenant essentiellement à deux éléments étroitement corrélés. Tout d'abord, leur point commun réside dans la similarité de leur objet : la sécurité se trouve, compte tenu de l'objet même de ces deux domaines d'action, au centre de leur articulation (5). Elle est donc nécessairement l'objectif sur lequel ils se rencontrent. Ensuite, la PESC et l'ELSJ n'appartiennent pas pour autant à la même sphère d'action de l'Union. L'une est une politique externe par nature qui poursuit, donc, des objectifs de politique étrangère, au premier rang desquels figurent la préservation de la paix, la prévention des conflits et la sécurité internationale (art. 21, § 2, c), TUE). L'autre est une politique interne qui, en principe, ne relève pas de l'action extérieure de l'Union européenne, *stricto sensu* : les objectifs sécuritaires qu'elle poursuit ne sont donc pas prioritairement des objectifs d'action extérieure, mais des objectifs internes à l'Union, tels que le contrôle des frontières, la prévention et la lutte contre les différentes formes de criminalité (6). Cette distinction a naturellement des conséquences sur la manière dont la notion de sécurité est appréhendée par chacune de ces politiques. Énoncé de manière un peu schématique, on peut dire que la PESC poursuit prioritairement un objectif de sécurité internationale alors que l'ELSJ poursuit un objectif de sécurité interne, offerte aux citoyens de l'Union. Dès lors, leurs champs d'application sont *a priori* clairement délimités et, s'ils ont vocation à se rencontrer, ils ne devraient pas entrer en conflit.

(3) En vertu de l'art. 215, § 2, TFUE tel qu'introduit par le Traité de Lisbonne, « 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 ».

(4) En vertu de l'al. 1er de cette disposition, « 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, tels 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 son détenus par eux ».

(5) Voy. C. Flaesch-Mougin (dir.), *Union européenne et sécurité : aspects internes et internationaux*, coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Bruylant, 2009, 441 p., spéc. les contributions de H. Labayle, « Le concept de sécurité dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice » (pp. 79 et s.) et C. Schneider, « Le concept de sécurité dans la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et la Politique européenne de sécurité et de défense (PESD) » (pp. 91 et s.).

(6) E. Neframi, « L'aspect externe de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : quel respect des principes et des objectifs de l'action extérieure de l'Union européenne ? », in C. Flaesch-Mougin et L. S. Rossi (dir.), *La dimension extérieure de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Bruylant, 2013, 669 p., pp. 509 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cependant, il apparaît qu'une telle répartition, aussi séduisante soit-elle, ne correspond pas à la réalité de l'action de l'Union sur la scène internationale. On observe incontestablement un brouillage entre la PESC et l'ELSJ en matière de sécurité qui tient essentiellement à deux éléments. D'une part, il est, en pratique, très difficile de distinguer la dimension interne et la dimension internationale de la sécurité, ce qui transparaît avec évidence dès qu'on envisage la dimension extérieure de l'ELSJ. En effet, la réalisation des objectifs d'une politique ou action interne, telle que l'ELSJ, peut justifier le recours à des instruments de politique étrangère, qu'ils soient conventionnels (7) ou unilatéraux. D'autre part et inversement, les objectifs internationaux de l'Union peuvent être poursuivis non seulement dans le cadre de l'action extérieure *stricto sensu* (les politiques externes par nature), mais également dans le cadre du volet externe des politiques internes. C'est ainsi que l'article 21, paragraphe 2, TUE qui détermine les objectifs de l'action extérieure de l'Union prévoit que ceux-ci sont mis en œuvre « dans tous les domaines des relations internationales ». L'article 21, paragraphe 3, TUE précise, quant à lui, que ces objectifs sont poursuivis non seulement dans le cadre de l'action extérieure de l'Union, mais également dans le cadre des « autres politiques [de l'Union] dans leurs aspects extérieurs ». Dès lors, une compétence interne, telle que l'ELSJ, peut être instrumentalisée à des fins de réalisation des objectifs d'action extérieure.

La pratique des institutions témoigne d'ailleurs abondamment de ce brouillage, voire de ce flottement, entre les champs d'application respectifs des deux politiques dans leur dimension sécuritaire. La lutte contre le terrorisme, en cause dans l'arrêt du 19 juillet 2012, constitue, à cet égard, un exemple tout à fait pertinent. À la suite des attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis et à l'intensification de la lutte contre le terrorisme international qui s'ensuivit, les premières mesures adoptées par l'Union l'ont été dans le cadre de la PESC (8), en tant qu'elle poursuit l'objectif du « renforcement de la sécurité de l'Union et de ses États membres sous toutes ses formes » (9). Il faudra attendre juin 2002 pour que soit adoptée, dans le cadre du troisième pilier, la première décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme (10). Celle-ci d'ailleurs reprend dans son contenu l'essentiel des définitions et mesures de mise en œuvre qui avaient fait l'objet d'un

(7) C'est d'ailleurs la logique qui préside au recours aux compétences implicites et notamment au critère de nécessité tel qu'envisagé par l'avis 1/76. C.J.C.E., 26 avril 1977, avis 1/76, *Fonds d'immobilisation de la navigation rhénane*, *Rec.*, p. I-754, p. 1. C'est le cas, p. ex., s'agissant du volet externe de l'ELSJ, des accords de réadmission.

(8) Position commune n° 2001/930/PESC du Conseil du 27 décembre 2001 relative à la lutte contre le terrorisme, *JO*, L 344 du 28 décembre 2001, p. 90, ainsi que la Position commune n° 2001/931/PESC du Conseil du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, *JO*, L 344 du 28 décembre 2001, p. 93. Position commune n° 2002/340/PESC du 2 mai 2002 portant mise à jour de la Position commune n° 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, *JO*, L 116 du 3 mai 2002, p. 75.

(9) Art. 11 TUE, dans sa version antérieure du Traité de Lisbonne.

(10) Décision-cadre 2001/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *J.O.C.E.*, L 164 du 22 juin 2002, p. 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

accord politique des États membres dans le cadre de la PESC quelques mois auparavant. Parallèlement, en décembre 2003, la Stratégie européenne de sécurité adoptée par le Conseil européen et révisée en 2008, qui constitue le cadre théorique et programmatique dans lequel s'élabore la politique de sécurité de l'Union, identifie le terrorisme en tant que principale menace à laquelle l'Union doit faire face. Le Programme de Stockholm de 2010, quant à lui, énonce que la sécurité et la lutte contre le terrorisme font partie des objectifs prioritaires de la dimension extérieure de l'ELSJ, tout en précisant, comme si cela devait contribuer à clarifier les termes du débat, que « les dimensions intérieures et extérieures de la sécurité [sont] indissociables » (11). Enfin, les mesures restrictives à l'encontre des personnes physiques ou morales ayant un lien avec des organisations terroristes reposaient sur un double fondement, d'abord une position commune PESC puis un règlement communautaire (12). Ainsi, en matière de terrorisme (13), on a donc assisté à un phénomène d'oscillation permanente entre les deux politiques, démontrant que l'approche binaire et *a priori* séduisante distinguant sécurité internationale et sécurité interne n'est en réalité guère opérante. Il peut donc s'avérer parfois très délicat de déterminer si une action poursuivant un objectif de sécurité relève de l'action extérieure de l'Union au titre de la PESC ou relève du volet externe de l'ELSJ. C'est la question qui était posée à la Cour dans l'affaire C-130/10 relative à la base juridique des mesures restrictives dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (14). Afin de tirer les conséquences du célèbre arrêt *Kadi* de septembre 2008 (15), le Conseil avait adopté, le 22 décembre 2009, le règlement (UE) n° 1286/2009 qui fait l'objet d'une demande d'annulation par le Parlement européen. Le

(11) Conseil européen, « Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », *JO*, C115 du 4 mai 2010, p. 1.

(12) Voy. les ex-art. 301 et 60 TCE.

(13) Mais il n'y a pas que le terrorisme qui pâtit de ce flottement. On peut citer également l'exemple des accords sur la transmission et la protection des informations classifiées : dans ce domaine, l'Union a semblé faire preuve de certaines hésitations quant au choix de leur base juridique. Les premiers accords avec les États-Unis en 2007 ont été conclus sur le fondement de l'ex-art. 24 TUE (PESC). Par la suite, les accords conclus en 2009 avec Israël (décision 2009/558/PESC du Conseil du 16 mars 2009, *J.O.U.E.*, L 192 du 24 juillet 2009, p. 63) et l'Australie (décision 2010/53/PESC du Conseil du 30 novembre 2009, *J.O.U.E.*, L 26 du 30 janvier 2010, p. 30) l'ont été sur le double fondement de l'art. 38 TUE, en tant que base matérielle, et de l'art. 24 TUE, en tant que base procédurale. Plus récemment, les accords conclus en 2010 avec le Liechtenstein (décision 2010/404/PESC du Conseil du 14 juin 2010, *J.O.U.E.*, L 187 du 21 juillet 2010, p. 1) et avec le Monténégro (décision 2010/587/PESC du Conseil du 14 juin 2010, *J.O.U.E.*, L 260 du 2 octobre 2010, p. 1) ont, quant à eux, été considérés par le Conseil comme relevant exclusivement de la PESC et, donc, fondés sur l'art. 37 TUE en tant que base juridique matérielle.

(14) C.J.U.E., gde ch., 19 juillet 2012, *Parlement européen c. Conseil*, aff. C-130/10, non encore publ. au *Recueil*. Obs. D. Simon, *Europe*, n° 10, octobre 2012, comm. 362 ; voy. également I. Bosse-Platière, « La Cour confirme le rattachement de la lutte contre le terrorisme et son financement à la PESC », *Rev. trim. dr. eur.*, n° 1, janvier-mars 2013, pp. 118 et s. ; L. Potvin-Solis, « Le rattachement des mesures restrictives de lutte contre le terrorisme à la PESC : des implications institutionnelles et juridictionnelles contrastées », *R.A.E.-LEA*, 2012/3, pp. 681 et s.

(15) C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

règlement litigieux, fondé sur l'article 215, paragraphe 2, TFUE, modifie les modalités d'inscription sur la liste des personnes ou des entités visées par le gel des fonds et des avoirs bancaires et garantit le respect de leurs droits fondamentaux, en particulier celui d'être entendues. Le Parlement européen soulève deux moyens d'importance inégale, l'un tiré du choix erroné de la base juridique du règlement, l'autre fondé sur la violation des conditions procédurales de l'article 215, paragraphe 2, TFUE (16). Le Parlement européen conteste que le règlement puisse être valablement fondé sur cet article qui, *mutatis mutandis*, reprend en l'étendant aux mesures à l'encontre des personnes physiques et morales, le mécanisme antérieur à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne prévu aux articles 60 CE et 301 CE (17). Selon lui, la base juridique adéquate était l'article 75 TFUE, nouvelle disposition introduite par le Traité de Lisbonne, qui autorise le Conseil et le Parlement européen, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, à adopter « un cadre de mesures administratives » relatives aux mouvements de capitaux et aux paiements en vue de prévenir et de lutter contre le terrorisme. Ainsi, le cadre juridique post-Lisbonne prévoit deux dispositions de lutte contre le terrorisme, chacune renvoyant à des objectifs relevant de domaines d'action distincts : l'article 215 TFUE permet l'adoption de mesures restrictives dans le cadre des objectifs de la PESC alors que le recours à l'article 75 TFUE contribue à la réalisation des objectifs de l'ELSJ.

Appelée à trancher le litige, la Cour rejette le recours formé par le Parlement européen et valide le recours à l'article 215, paragraphe 2, TFUE pour l'adoption des mesures restrictives à l'encontre des personnes physiques et morales dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Son arrêt peut être considéré comme une tentative de clarifier l'articulation entre la PESC et l'ELSJ en matière de sécurité en ce qu'il confirme le rattachement à la PESC des mesures de lutte contre le terrorisme (I). Pour autant, la solution retenue par la Cour, qui privilégie la PESC au détriment du volet externe de l'ELSJ, n'est pas sans incidence pour la prise en compte de l'objectif de sécurité dans le cadre de l'action extérieure : il en découle une conception restrictive du volet externe de l'ELSJ (II) et, finalement, une captation de la sécurité internationale par la PESC (III).

(16) Seul le premier moyen retiendra notre attention dans le cadre de cette contribution.

(17) Pour l'adoption de ces mesures, antérieures à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le Conseil avait également dû recourir à l'art. 308 TCE au titre des compétences subsidiaires de la Communauté. La Cour avait validé cette base juridique dans son arrêt *Kadi* préc. L'art. 215, § 2, TFUE autorise le Conseil à adopter des mesures restrictives à l'encontre des personnes physiques et morales, de groupes ou d'entités non étatiques. Le règlement adopté sur le fondement de l'art. 215, § 2, TFUE est précédé d'une décision adoptée dans le cadre de la PESC. On rappellera également que l'art. 275 TFUE, introduit par le Traité de Lisbonne, étend les compétences de la Cour aux mesures restrictives.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

I. – Une clarification apparente : le rattachement des mesures de lutte contre le terrorisme international à la PESC

Le nouveau cadre juridique des mesures terroristes tel qu'issu du Traité de Lisbonne ne pouvait manquer de susciter des problèmes d'interprétation, la principale difficulté provenant en effet, des termes utilisés par les deux articles en cause : l'article 75 TFUE vise expressément la lutte contre le terrorisme et les mouvements de capitaux et les paiements en tant qu'instrument de cette lutte, alors que l'article 215 TFUE est silencieux sur ce point. L'arrêt du 19 juillet 2012 contribue à la clarification des champs respectifs de la PESC et de l'ELSJ dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, dans la mesure où la Cour confirme sans ambiguïté le rattachement des mesures restrictives à la PESC. Elle le fait au terme d'un raisonnement qui peut sembler assez limpide (A) et qui aboutit à une solution qui semble guidée par la recherche d'une certaine cohérence (B).

A. – La clarté du raisonnement

La Cour opère le rattachement des mesures terroristes à la PESC par référence à deux éléments, les bases juridiques antérieures au Traité de Lisbonne, d'une part, et les objectifs de l'action extérieure, d'autre part.

S'agissant tout d'abord de la référence aux bases juridique antérieures, le règlement n° 881/2002, dont le règlement litigieux constitue la modification, avait été fondé – en vertu des traités UE et CE – sur l'article 60 TCE relatif aux mesures restrictives en matière de liberté de circulation des capitaux, sur l'article 301 TCE relatif aux sanctions économiques à l'égard des pays tiers et sur l'article 308 TCE au titre des compétences subsidiaires, cette dernière disposition étant nécessitée par le fait que l'article 301 TCE ne visait que les pays alors que le règlement en cause visait les personnes physiques ou morales (18). Se posait alors à la Cour la question de savoir si et dans quelle mesure le contenu des articles 60 et 301 TCE se trouvait repris dans l'article 215 TFUE ou dans l'article 75 TFUE. Sans grande surprise, la Cour opte pour l'article 215 TFUE, relevant la similarité de l'objet et du libellé des articles 301 TCE et 215 TFUE (19). On notera cependant que, s'agissant de l'article 60 TCE, le raisonnement de la Cour est un peu moins précis, puisqu'elle se borne à établir que l'article 215 TFUE « contient une référence aux relations financières qui donc peut couvrir les domaines auparavant visés par l'article 60 CE » (20). Selon la Cour, l'article 75 TFUE n'aurait donc pas grand-chose à voir avec l'adoption de mesures restrictives. Il viserait uniquement l'adoption d'un cadre de mesures administratives concernant les mouvements de capitaux et les paiements, en vue de lutter contre le terrorisme lorsque la réalisation des objectifs de l'ELSJ l'exige. La place

(18) Le recours à l'art. 308 TCE avait été validé par la Cour dans l'arrêt *Kadi*, préc.
(19) Aff. C-130/10, pt 51.
(20) *Idem*, pt 52.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de chacune des dispositions dans le système des traités viendrait, selon la Cour, corroborer cette interprétation, l'article 215 TFUE étant « inclus dans la partie du traité FUE relative à l'action extérieure de l'Union » (21) alors que l'article 75 TFUE est « intégré dans la troisième partie du traité FUE relative aux politiques et actions internes de l'Union » (22).

Dans un second temps de son raisonnement, la Cour considère qu'il résulte du champ d'application de l'article 215 TFUE que la lutte contre le terrorisme international et son financement afin de lutter contre la paix et la sécurité internationales correspond aux objectifs des dispositions des traités relatives à l'action extérieure de l'Union (23). Bien que l'article 215 TFUE ne mentionne pas expressément le terrorisme, il doit être utilisé pour remplir des objectifs d'action extérieure parmi lesquels figure la lutte contre le terrorisme international (24). Cette interprétation serait, toujours selon la Cour, confirmée par l'article 21 TUE qui fixe, parmi les objectifs et les principes de l'action extérieure, la paix et la sécurité internationales. Or, incontestablement, la PESC est la politique externe de l'Union qui permet la réalisation de l'objectif de sécurité : en témoignent la définition de son champ d'application à l'article 24 TUE ainsi que l'article 43 TUE qui mentionne expressément la lutte contre le terrorisme parmi les objectifs des missions de gestion des crises.

Dès lors, la lutte contre le terrorisme international relève du champ d'application de la PESC, et l'article 215 TFUE est, par conséquent, la base juridique appropriée pour une mesure qui poursuit cet objectif. Certes, la solution de la Cour n'implique pas pour autant que l'ELSJ ne puisse contribuer à lutter contre le terrorisme. Ainsi que l'énonce la Cour, reprenant les termes employés par l'avocat général Yves Bot (25), PESC et ELSJ constituent « deux politiques différentes qui poursuivent des objectifs complémentaires mais qui n'ont pas le même champ d'application » (26). Chacune poursuit des objectifs de sécurité : l'une – la PESC – dans le cadre de l'action extérieure de l'Union à laquelle elle appartient ; l'autre – l'ELSJ – dans le cadre des « politiques et actions internes de l'Union » et en vue de la réalisation des objectifs internes tels que définis par l'article 67 TFUE. Il en résulte que l'argument du Parlement européen fondé sur l'idée que l'article 75 TFUE constituerait une *lex specialis* en matière de terrorisme ne saurait être retenue, l'application de cette théorie ne pouvant s'appliquer que si les deux dispositions ont le même champ d'application.

(21) *Idem*, pt 51.
(22) *Idem*, pt 54.
(23) *Idem*, pts 55 et s.
(24) On notera cependant que la lutte contre le terrorisme ne fait pas partie expressément des objectifs de l'action extérieure au titre de l'art. 21 TUE. Elle figure cependant au titre des objectifs de l'ELSJ. Voy. *infra*.
(25) Voy. les concl. Av. gén. Y. Bot, présentées le 31 janvier 2012.
(26) Aff. C-130/10, pt 66.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

B. – La cohérence de la solution

La solution retenue par la Cour – le recours à l'article 215, paragraphe 2, TFUE pour l'adoption des mesures restrictives en matière de lutte contre le terrorisme – permet d'inscrire ces mesures dans un cadre cohérent. Elle le fait au regard de trois éléments qui semblent sous-tendre la solution retenue.

Tout d'abord, le recours à l'article 215 TFUE intègre les mesures restrictives dans un cadre cohérent, quels que soient leurs destinataires. En effet, l'article 215 TFUE prévoit un cadre juridique, notamment contentieux et procédural, similaire pour les mesures restrictives, que celles-ci s'exercent à l'encontre des pays tiers ou qu'elles s'exercent à l'encontre de personnes physiques ou morales, de groupes ou d'entités non étatiques. Les premières relèvent du paragraphe 1er de l'article 215 TFUE alors que les secondes relèvent du paragraphe 2 du même article. L'article 75 TFUE, quant à lui, a un champ d'application plus étroit, puisqu'il est limité aux mesures adoptées à l'encontre des personnes physiques ou morales, de groupes ou d'entités non étatiques. On peut donc considérer qu'il y a une forme de logique, voire de cohérence, à considérer que les mesures restrictives, qu'elles soient destinées à des États ou à des individus, obéissent à un même régime juridique. Cette logique est d'autant plus souhaitable qu'il n'est pas exclu que les deux types de mesures soient adoptés de manière complémentaire, ainsi qu'en témoignent les mesures adoptées à l'encontre de l'Iran (27).

Par ailleurs, le recours à l'article 215 TFUE permet d'assurer la cohérence des mesures restrictives indépendamment de leur objet. Là encore, le champ d'application – *ratione materiae* cette fois – des deux dispositions en cause n'est pas le même. L'article 215 TFUE vise les mesures restrictives sans précision quant à leur objet ; il pourrait donc en principe être utilisé pour adopter non seulement des gels des fonds mais également des restrictions à la libre circulation des marchandises (interdiction d'importation ou d'exportation de certaines marchandises) ou des personnes (interdiction à l'entrée ou au transit sur le territoire des États membres). L'article 75 TFUE, quant à lui, concerne spécifiquement les mouvements de capitaux, et les paiements, tels que les gels des fonds, des avoirs financiers ou des bénéfices économiques. Là encore, le recours à l'article 75 TFUE aurait conduit à scinder en deux le régime des mesures en fonction de leur objet et à isoler celles relatives aux mouvements de capitaux et aux paiements. À cet égard, la logique de l'arrêt de la Cour devrait inciter le Conseil à adopter désormais les mesures d'interdiction d'entrée ou de transit sur leur territoire, notamment lorsque ces mesures sont prises en application de

(27) Voy. le règlement (UE) no 359/2011 du Conseil du 12 avril 2011 concernant des mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes, entités et organismes au regard de la situation en Iran, *JO*, L 100 du 14 avril 2011, p. 1, ainsi que le règlement (UE) no 267/2012 du Conseil du 23 mars 2012 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran et abrogeant le règlement (UE) no 961/2010, *JO*, L 88 du 23 mars 2012, p. 1. Le premier règlement est fondé sur l'art. 215 TFUE et le second sur l'art. 215, § 2, TFUE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies. Or, jusqu'à présent, les États ont refusé que l'Union intervienne dans ce domaine, considérant que ces questions relevaient de leurs compétences réservées, l'article 79 TFUE ne constituant pas une base juridique suffisante (28).

Enfin, la solution de la Cour préserve la cohérence des mesures restrictives quant à leur mise en œuvre par les États membres de l'Union et aux obligations qui pèsent sur eux. Compte tenu de la différenciation au sein de l'ELSJ, le recours à l'article 75 TFUE aurait impliqué que les mesures restrictives adoptées n'auraient pas été applicables à l'ensemble de l'Union et à l'égard de tous les États membres. Dès lors, le recours à l'article 215 TFUE permet en effet de contourner les effets néfastes de la différenciation en matière d'ELSJ. En effet, le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark bénéficient d'un traitement dérogatoire pour les mesures adoptées au titre de l'ELSJ et ne sont en principe pas concernés par les actes adoptés sur le fondement de cette politique. En réalité, s'agissant de l'application de l'article 75 TFUE, la situation de chacun des États concernés n'est pas identique, puisqu'en vertu de l'article 9 du protocole n° 21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'ELSJ, le protocole ne s'applique pas à l'article 75 TFUE s'agissant de la position de l'Irlande. *A contrario*, cela signifie que le Royaume-Uni et le Danemark bénéficient pleinement de leur statut dérogatoire, y compris pour les mesures adoptées sur le fondement de l'article 75 TFUE : le Royaume-Uni conserve la possibilité de participer au cas par cas à l'ELSJ, en vertu de sa capacité d'*opt-in*, alors que le Danemark n'est, en tout état de cause, pas lié par les dispositions et les mesures qui sont adoptées. La différenciation appliquée à l'externe pose de redoutables problèmes à l'Union et il n'est pas interdit de penser que la Cour, en privilégiant le recours à l'article 215 TFUE, a souhaité préserver la cohérence de la position de l'Union sur la scène internationale.

II. – Une approche restrictive du volet externe de l'ELSJ

La Cour semble privilégier une approche restrictive du volet externe de l'ELSJ fondée sur une conception minorante de l'article 21 TUE (A) et une application peu orthodoxe de règles de détermination de la base juridique pertinente d'un acte en droit de l'Union européenne (B), posant la question de l'effet utile de l'article 75 TFUE.

A. – Une conception minorante de l'article 21 TUE

Il est frappant de constater que la Cour s'attache assez peu à établir le champ d'application de l'article 75 TFUE alors qu'elle consacre de longs développements, isolés par un titre spécifique (29), au champ d'application

(28) Sur cette question, voy. C. Billet, *Dimension externe de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice et action extérieure de l'Union européenne*, thèse, Université de Rennes 1, mars 2014, 715 p.

(29) Voy. les pts 55- 66 de l'arrêt.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de l'article 215 TFUE. À propos de l'article 75 TFUE, elle se borne à mentionner qu'il « peut être utilisé lorsque les objectifs visés à l'article 67 TFUE l'exigent, c'est-à-dire dans le cadre de la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice » (30), autrement dit dans le cadre de la réalisation d'objectifs internes à l'Union, ce qui ne prête guère à discussion. Dans le même temps, la Cour énonce, au point 61 de l'arrêt, que « l'objectif visant à lutter contre le terrorisme international et son financement afin de préserver la paix et la sécurité internationale correspond aux objectifs des dispositions des traités relatives à l'action extérieure de l'Union ». Cette interprétation est, selon elle, corroborée par l'article 21 TUE relatif aux objectifs de l'action extérieure de l'Union dont elle fait ici une lecture pour le moins minorante.

Ce faisant, il semble que la Cour valorise le principe d'attribution des compétences ainsi que le fait que la nouvelle architecture du TFUE distingue formellement et pour la première fois les « politiques et actions internes » – parmi lesquelles l'ELSJ – et « l'action extérieure » de l'Union (31). Pourtant, il peut paraître surprenant que la Cour ne fasse pas mention du paragraphe 3 de l'article 21 TUE en vertu duquel les objectifs de l'article 21, paragraphe 2, TUE peuvent être réalisés non seulement dans le cadre de l'action extérieure de l'Union, mais également dans le cadre de ses autres politiques, dans leurs aspects extérieurs. Dès lors, on ne voit pas ce qui empêchait la Cour d'avoir une interprétation plus dynamique et intégrée des compétences externes. Elle aurait pu considérer que la réalisation de l'objectif de paix et de sécurité internationale, si elle relève au premier chef de la mise en œuvre des compétences de l'Union en matière de PESC, peut également relever de la mise en œuvre de l'ELSJ, dans son volet externe. Rien n'impose en effet de considérer qu'à partir du moment où il s'agit de préserver la paix et de renforcer la sécurité internationale, l'action envisagée doit nécessairement être menée dans le cadre de la PESC. Déjà, en 2007, la Cour avait ainsi implicitement considéré que la lutte contre le terrorisme et la criminalité internationale pouvait faire partie des matières susceptibles de s'insérer dans les objectifs de la coopération au développement (32). De la même manière, en 2008, dans l'arrêt *ECOWAS* (33), la Cour avait jugé que la lutte contre les armes légères et de petit calibre en Afrique qui poursuit

(30) Aff. C-130/10, pt 58.

(31) Voy. les pts 52-54 de l'arrêt.

(32) C.J.C.E., 23 octobre 2007, *Parlement européen c. Commission*, aff. C-403/05, *Rec.*, p. I-9045. Dans cette affaire, la Cour était saisie par le Parlement européen d'un acte d'exécution d'un règlement du Conseil adopté en 1992 et relatif à l'assistance économique, financière et technique à l'égard des pays en voie de développement d'Amérique latine et d'Asie. Le Parlement estimait qu'en adoptant une décision approuvant un projet relatif à la sécurité des frontières des Philippines, la Commission avait excédé le cadre tracé par le règlement de base, dans la mesure où un tel projet était motivé par des considérations liées à la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée. Sur le fond, la Cour annule la décision de la Commission, mais précise que cette solution n'est valable qu'en tant que la décision est fondée sur le règlement de 1992, confirmant implicitement qu'un tel objectif pouvait ressortir des instruments d'assistance adoptés dans le cadre de la coopération avec les États tiers.

(33) C.J.C.E., 20 mai 2008, *Commission c. Conseil*, aff. C-91/05, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

un objectif de maintien de la paix et de la sécurité internationale n'échappe pas pour autant à la politique de coopération au développement dans la mesure où « elle contribue à la poursuite des objectifs de développement économique et social de ladite politique » (34).

Dès lors, il peut sembler abusif de considérer que les objectifs de l'action extérieure ne peuvent être réalisés que dans le cadre des politiques externes. C'était déjà implicitement ambigu avant le Traité de Lisbonne, sous l'empire de l'ex-article 3 TUE (35). Mais c'est explicitement réducteur désormais, puisque l'article 21, paragraphe 3, TUE est venu clairement affirmer les choses. La Cour retient donc ici une conception assez minorante de l'article 21 TUE, dont il n'est pas certain qu'elle renforce la cohérence de l'ensemble de l'action extérieure de l'Union.

B. – Une application hétérodoxe des règles de détermination de la base juridique d'un acte

Il est possible de se demander si la Cour n'aurait pas pu parvenir au même résultat en admettant que la réalisation de l'objectif de sécurité internationale relève aussi bien de la PESC que de l'ELSJ et qu'il importait donc de déterminer, au regard du but et du contenu de l'acte en cause, si cet élément était prioritaire ou accessoire. C'est ici qu'apparaît un des éléments les plus surprenants de l'arrêt : l'ordre logique du raisonnement retenu par la Cour est, pour le moins, inhabituel. L'appréciation du juge débute, en effet, par des observations liminaires (36) dans lesquelles il s'attache à démontrer que les procédures visées par les deux articles en cause sont incompatibles (37). Après avoir rappelé les conditions classiques de détermination de la base juridique d'un acte en droit de l'Union européenne (38), la Cour se prononce curieusement avant tout examen du but et du contenu de l'acte, sur l'incompatibilité des procédures, et ce, alors même que cette question n'était pas soulevée. Cette incompatibilité est motivée par le fait que l'article 75 TFUE prévoit l'adoption de l'acte conjointement par le Parlement européen et le Conseil, statuant à la majorité qualifiée alors que l'article 215, paragraphe 2, TFUE n'implique que la seule information du Parlement. En réalité, les procédures sont jugées incompatibles, non pas tant au regard de la différence d'implication de l'assemblée – celle-ci n'étant pas toujours déterminante (39) –, mais au regard du fait que l'acte adopté sur le fondement de l'article 215 TFUE est subordonné à l'adoption d'une décision PESC par le Conseil seul, statuant à l'unanimité. Même si l'arrêt n'est pas cité, la Cour

(34) *Idem*, pt 67.
(35) En vertu duquel « [l]'Union veille en particulier à la cohérence de l'ensemble de son action extérieure dans le cadre de ses politiques en matière d'économie, de sécurité et de développement ».
(36) Aff. C-130/10, pts 42-49.
(37) *Idem*, pt 48.
(38) *Idem*.
(39) Voy., p. ex., C.J.C.E., 6 novembre 2008, *Parlement européen c. Conseil*, aff. C-155/07, *Rec.*, p. I-8103.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

rejoint ici sa solution retenue dans l'arrêt *ECOWAS* du 20 mai 2008 (40) sur l'incompatibilité des procédures de la PESC avec celles des autres politiques de l'Union relevant de l'ancien premier pilier.

Une autre démarche aurait pu consister à analyser le contenu et l'objectif du règlement litigieux et à admettre que l'objectif de sécurité qu'il poursuit peut relever aussi bien de la PESC que de l'ELSJ. Restait alors à déterminer si le contenu de l'acte permettait de le rattacher prioritairement à l'un ou l'autre de ces domaines d'action de l'Union. À partir de là, deux options s'ouvraient à la Cour. Selon une première option, elle estimait que l'acte poursuivait prioritairement des objectifs relevant de la PESC et elle confirmait l'article 215 TFUE en tant que base juridique. En effet, s'il est possible de considérer que l'objectif de lutte contre le terrorisme contribue à l'effectivité de l'ELSJ, on peut penser que cet objectif est secondaire, dans la mesure où l'action de l'Union constitue directement la mise en œuvre de résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies : l'objectif de politique étrangère est indiscutable et peut même être considéré comme étant prioritaire. Une telle démarche aurait permis d'aboutir à la même solution que celle finalement retenue dans l'arrêt. Mais sa portée était tout autre, puisqu'elle reconnaissait que les mesures restrictives de lutte contre le terrorisme peuvent aussi concourir à la réalisation de l'ELSJ, dans sa dimension externe. Ce faisant, elle permettait donc de garantir l'effet utile de l'article 75 TFUE. L'autre option revenait à considérer qu'il était impossible, sur la base de l'objet et du contenu de l'acte, de dégager un principal et un accessoire. C'est dans cette hypothèse seulement que la question d'une double base juridique devait, semble-t-il, se poser à la Cour, et non en tant que préalable. Une telle option était cependant bien plus délicate à mettre en œuvre, car la Cour se trouvait alors dans une situation comparable à celle de l'arrêt *ECOWAS* : ayant établi l'incompatibilité des procédures relevant de la PESC et des autres politiques de l'Union, même dans un contexte de disparition des piliers, la détermination de la base juridique s'avérait alors quasi impossible. La situation était alors d'autant plus complexe que la Cour ne pouvait s'appuyer, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *ECOWAS*, sur l'ex-article 47 TUE – devenu article 40 TUE – en tant que clause d'intégrité des compétences communautaires.

III. – Une captation de la sécurité internationale par la PESC

L'arrêt de la Cour nous semble favoriser une captation de la sécurité internationale par la PESC, encouragée par l'indétermination de la compétence de l'Union européenne en matière de PESC (A). Ce faisant – et ce n'est pas le moindre des paradoxes de l'arrêt –, la Cour se fait protectrice de la spécificité de la PESC, au détriment de la logique d'intégration (B), position d'ailleurs confirmée par la jurisprudence plus récente.

(40) Aff. C-91/05, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

A. – Une captation favorisée par l'indétermination de la compétence de l'Union en matière de PESC

L'article 24 TUE énonce, en effet, selon une formule qui n'est pas nouvelle – si ce n'est qu'elle introduit la notion de compétence (41) – que « la compétence de l'Union en matière de PESC couvre tous les domaines de la politique étrangère ainsi que l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union… ». On ne saurait faire plus vague : matériellement, il n'existe donc pas réellement de limite au champ d'application de la PESC, sous réserve du respect de l'article 40 TUE (42). Toutefois, cette clause de non-affectation des compétences étant devenue réciproque, depuis qu'elle a été modifiée par le Traité de Lisbonne, elle ne peut plus guère servir d'outil pour borner la compétence de l'Union en matière de PESC. Le Conseil avait d'ailleurs essayé de tirer argument de cette disposition pour souligner l'existence d'une délimitation claire entre la PESC et l'ELSJ que le Traité de Lisbonne aurait, selon lui, introduite (43). De la même manière, l'avocat général Yves Bot, dans ses conclusions, avait considéré que le recours à une autre base juridique que l'article 215 TFUE « irait à l'encontre de l'article 40, second alinéa, TUE » (44), en ce qu'il affecterait la mise en œuvre de la PESC. Au lieu de cela, la Cour n'évoque même pas cette disposition, confirmant son caractère désormais inopérant pour articuler la PESC et les autres domaines d'action de l'Union. À la lumière de ces éléments, il n'est dès lors pas exagéré de considérer qu'est susceptible de relever de la PESC toute question de politique étrangère que les États membres réunis au sein du Conseil estiment relever de cette politique. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le recours aux objectifs de l'action de l'Union revêt une importance aussi décisive pour déterminer le champ d'application de la PESC, ainsi que le confirme le raisonnement de la Cour. À cet égard, il apparaît que l'objectif visé à l'article 21 TUE de renforcer la sécurité internationale est susceptible d'être « plus précisément » (45) mis en œuvre dans le cadre de la PESC. Comme l'énonce la Cour au point 63 de l'arrêt, les actions menées dans le cadre de la PESC « peuvent » avoir pour objet de lutter contre le terrorisme. Si cette assertion est évidemment exacte au regard des objectifs de l'article 21 TUE et du champ d'application de la PESC (46), elle ne signifie pas pour autant que

(41) L'art. 11, § 1er, UE, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, énonçait : « l'Union définit et met en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune couvrant tous les domaines de la politique étrangère et de sécurité […] ».

(42) En vertu de l'art. 40 TUE, tel que modifié par le Traité de Lisbonne, « 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 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 institutions prévues par les traités pour l'exercice des compétences de l'Union au titre du présent chapitre ».

(43) Aff. C-130/10, pt 41.

(44) Concl. Av. gén., préc., pt 67.

(45) Aff. C-130/10, pt 62.

(46) *Idem*, pt 22.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

seule cette politique puisse contribuer à la lutte contre ce fléau, ce que la Cour semble quelque peu négliger. Ainsi, la Cour considère que l'article 215, paragraphe 2, TFUE constitue la base juridique des mesures restrictives visant à lutter contre le terrorisme prises par l'Union « *lorsque* la décision d'adopter lesdites mesures relève de l'action de celle-ci dans le cadre de la PESC » (47). De la même manière, l'avocat général, dans ses conclusions, énonce que, « *dès lors* que l'Union prend la décision de mener une action sur la scène internationale, telle que celle qui est au centre de la présente affaire, *dans le cadre de la PESC*, c'est naturellement la base juridique qui établit une passerelle avec cette politique qui doit être utilisée » (48), à savoir l'article 215, paragraphe 2, TFUE. Les formules sont pour le moins surprenantes : elles donnent l'impression que c'est le choix des institutions d'adopter un acte relevant de la PESC qui conduit à légitimer le recours à l'article 215, paragraphe 2, TFUE en tant que base juridique du règlement litigieux. Or, c'est justement ce choix du Conseil de recourir à un acte PESC qui est ici contesté par le Parlement ! Le raisonnement de la Cour semble donc en décalage par rapport à son interprétation classique selon laquelle la base juridique d'un acte « doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel » (49) et ne saurait « dépendre seulement de la conviction d'une institution quant au but poursuivi » (50).

Par ailleurs, dans le silence de l'arrêt et face à l'indétermination de la compétence de l'Union en matière de PESC, la question se pose de savoir si la solution retenue par la Cour vaut pour toutes les mesures restrictives en matière de lutte contre le terrorisme ou si elle vaut seulement pour les mesures de mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies. On sait, en effet, que les mesures restrictives adoptées par l'Union relèvent de deux régimes distincts. Soit ces mesures constituent une application dans l'ordre juridique de l'Union des résolutions du CSNU, comme c'est le cas dans l'affaire qui nous occupe. Soit les mesures sont dites autonomes et elles établissent directement la liste des personnes faisant l'objet des sanctions, indépendamment des listes établies par le Comité des sanctions des Nations unies. Le cadre juridique de ces mesures est alors défini par la position commune n° 2001/931/PESC (51) adoptée sur le double fondement juridique des ex-articles 15 (52) et 34 TUE (53). Elles ont été mises en œuvre par une décision JAI (54) relative à l'échange d'informations

(47) *Idem*, pt 67 (italiques ajoutés).
(48) Concl. Av. gén., préc., pt 67 (italiques ajoutés).
(49) Voy., p. ex., C.J.C.E., 6 novembre 2008, *Parlement européen c. Conseil*, aff. C-155/07, *Rec.*, p. I-8103, pt 34.
(50) Voy. C.J.C.E., 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, aff. C-300/89, *Rec.*, p. I-2867, pt 10.
(51) Position commune n° 2001/931/PESC du Conseil du 27 décembre 2001, préc.
(52) L'ex-art. 15 TUE est devenu l'art. 29 TUE.
(53) L'ex-art. 34 TUE a été abrogé par le Traité de Lisbonne.
(54) Décision 2005/671/JAI du Conseil du 20 septembre 2005 relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes, *JO*, L 352 du 29 septembre 2005, p. 22.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

et la coopération concernant les infractions terroristes et par un règlement (CE) (55) qui concerne la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne et les pays tiers. Ces mesures ont un champ d'application plus vaste que celles adoptées conformément aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, dans la mesure où elles ne concernent pas seulement le réseau d'Al-Qaida. Or ces mesures constituent des instruments de lutte contre le terrorisme international, dont l'adoption n'est pas dictée par le respect d'obligations de droit international, mais par des considérations internes aux États membres. Dès lors, la prise en compte de la dimension externe de l'ELSJ est très présente dans ces mesures. Ainsi, dans la position commune précitée (56), une action de la Communauté est jugée nécessaire pour mettre en œuvre des actions supplémentaires, en particulier en ce qui concerne l'application des formes de coopération judiciaire et policière en matière pénale. De même, l'article 1er, paragraphe 4, prévoit que le Conseil établit la liste sur la base d'informations fournies par les États membres, démontrant qu'une décision a été prise par une autorité compétente pour ouvrir une enquête, poursuivre une infraction ou prononcer une condamnation en cas d'actes terroristes. La notion d'autorité compétente s'entend ici de « toute autorité judiciaire ». Dès lors, ces mesures autonomes sont rattachables à l'ELSJ, aussi bien dans son volet interne (57) qu'externe.

À partir de là, la généralité des termes utilisés par la Cour dans l'affaire C-130/10 n'est pas sans poser question. Certes, dans l'examen du contenu de l'acte (58), elle fait référence au fait qu'il s'agit de la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité. Mais, outre le fait que cette considération est loin d'être l'élément le plus déterminant dans son raisonnement, elle ne précise à aucun moment que sa solution n'est valable que pour autant que l'on est dans le cadre des obligations internationales des États membres et de l'Union. Si on devait retenir de l'arrêt l'idée selon laquelle toutes les mesures restrictives de lutte contre le terrorisme relèvent de la PESC, se poserait alors d'autant plus la question de l'effet utile de l'article 75 TFUE.

B. – Une captation valorisant la spécificité de la PESC

La portée de la solution de la Cour est relativement paradoxale, si on l'examine à la lumière de sa jurisprudence antérieure, notamment l'arrêt *ECOWAS* du 20 mai 2008 (59). En effet, l'arrêt du 19 juillet 2012 conduit la Cour, contrairement à ce qu'elle avait fait dans l'arrêt *ECOWAS*, à valoriser la coopération intergouvernementale au détriment de la logique d'intégration, qui est désormais applicable pour l'ensemble de l'ELSJ. À cet égard,

(55) Règlement (CE) nº 2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, *JO*, L 344 du 28 décembre 2001, p. 70.

(56) Cons. 7.

(57) Ainsi qu'en témoignent les mesures adoptées à l'encontre de l'organisation basque « Segi ».

(58) Aff. C-130/10, pt 76.

(59) C.J.C.E., 20 mai 2008, *Commission c. Conseil*, aff. C-91/05, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

les inconvénients du nouveau cadre juridique découlant du Traité de Lisbonne doivent être soulignés : dans l'arrêt du 20 mai 2008, la Cour avait pu s'appuyer sur l'objectif transversal de maintien et de développement de l'acquis communautaire (60), ce dernier commandant que, lorsqu'un acte poursuit de manière indissociable des objectifs relevant de la PESC et d'une autre politique de l'Union – en l'espèce, la politique de coopération au développement –, c'est la compétence communautaire qui doit être privilégiée, puisque le recours à une double base ne peut être envisagé. Un tel raisonnement n'est cependant pas transposable dans le nouveau contexte issu du Traité de Lisbonne, puisque cet objectif transversal a disparu. Ce choix emporte des conséquences en termes de contrôle juridictionnel et politique. Certes, le Traité de Lisbonne est venu pallier les carences antérieures liées au contrôle juridictionnel des mesures restrictives (61), mais la compétence de la Cour ne va pas jusqu'à pouvoir contrôler l'ensemble des décisions PESC. Surtout, c'est le contrôle démocratique qui, dans le cadre de la PESC, fait défaut. Dès lors, le rattachement des mesures restrictives à la PESC conduit à une éviction du Parlement européen. La Cour ne retient pas d'ailleurs l'argument de ce dernier selon lequel il serait contraire au caractère démocratique de l'Union que des actes ayant une incidence sur les droits fondamentaux des particuliers, tels que le règlement litigieux, soient adoptés selon une procédure excluant le Parlement européen (62). La Cour considère, en effet, que le rôle limité du Parlement européen dans le cadre de la PESC « résulte d'un choix opéré par les auteurs du traité de Lisbonne » (63), renvoyant aux États membres le soin de renforcer la dimension démocratique de la PESC. Elle rappelle, à juste titre, que l'obligation de respecter les droits fondamentaux s'impose à l'ensemble des actes de l'Union, y compris ceux mettant en œuvre une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies (64) et confirme implicitement que le Parlement européen n'en est pas l'unique garant (65).

L'arrêt du 19 juillet 2012 se fait donc plutôt protecteur des compétences de l'Union en matière de PESC, confirmant l'importance désormais acquise par cette politique dans le cadre de l'action extérieure de l'Union. Cette importance a d'ailleurs été confirmée par la Cour dans une autre affaire, dont l'arrêt a été rendu le 24 juin 2014, et au centre de laquelle l'articulation entre

(60) Voy. l'art. 2 TUE qui, parmi les objectifs assignés à l'Union, mentionnait celui de « maintenir intégralement l'acquis communautaire et de le développer afin d'examiner dans quelle mesure les politiques et formes de coopération instaurées par le présent traité devraient être révisées en vue d'assurer l'efficacité des mécanismes et institutions communautaires ».

(61) L'art. 275, al. 2, TFUE prévoit que « la Cour est compétente pour [...] se prononcer sur les recours formés dans les conditions prévues à l'article 263, quatrième alinéa du présent traité concernant le contrôle de la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre 2, du traité sur l'Union européenne ».

(62) Aff. C-130/10, pt 34.

(63) *Idem*, pt 82.

(64) Voy., en ce sens, la position de la Cour dans l'arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi*, préc.

(65) Aff. C-130/10, pt 83.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

la PESC et l'ELSJ se trouvait à nouveau posée. Dans l'affaire C-658/11 (66) était en cause la base juridique de la décision de conclusion de l'accord entre l'Union européenne et la République de Maurice relatif aux conditions de transfert, par la force navale Atalanta, aux autorités mauriciennes des personnes suspectées d'actes de piraterie et de leurs biens. Considéré comme étant le prolongement d'une mission créée dans le cadre de la PESC, cet accord a été négocié par la Haute représentante et conclu par le Conseil sur le fondement des articles 37 TUE et 218, paragraphe 6, TFUE, en tant qu'accord portant « exclusivement » sur la PESC, sans intervention du Parlement européen. Ce dernier, quant à lui, considère que l'accord concerne également la coopération judiciaire en matière pénale, la coopération policière et la coopération au développement. Sans contester la base juridique matérielle de l'accord (67), il en conteste la base juridique procédurale : selon lui, l'accord serait partiellement PESC et, dans la mesure où il couvrirait des domaines auxquels s'applique la procédure législative ordinaire, son approbation aurait dû être sollicitée par le Conseil, conformément à l'article 218, paragraphe 6, sous a), TFUE. Par ailleurs, il considère que l'article 218, paragraphe 10, TFUE aurait été violé au motif qu'il n'aurait pas été « immédiatement et pleinement informé tout au long de la procédure » de conclusion de l'accord. Contrairement aux préconisations de son avocat général (68), la Cour fait partiellement droit aux prétentions du Parlement : elle rejette son recours quant au premier moyen invoqué mais annule la décision litigieuse pour violation du droit d'information du Parlement. D'une manière assez peu convaincante, elle considère qu'à partir du moment où un accord peut être valablement fondé sur l'article 37 TUE seul, il doit être considéré comme étant « exclusivement » PESC (69), ce qui exclut automatiquement la participation du Parlement européen à sa conclusion. Peu importe que, du point de vue matériel, la composante PESC de l'accord ne soit que principale et non exclusive… Il en résulte une conception extensive de la notion d'accord relevant exclusivement de la PESC, limitant les hypothèses où un accord pourra être conclu sur une pluralité de bases juridiques, y inclus la PESC.

En dépit des différences des cadres juridiques applicables, les deux arrêts du 12 juillet 2012 et du 24 juin 2014 ont pour point commun la volonté manifeste de la Cour d'être attentive aux préoccupations des États en matière de politique étrangère et de sécurité, de protéger les compétences de l'Union en matière de PESC et *in fine* de se faire le garant de la spécificité de cette politique.

(66) C.J.U.E., gde ch., 24 juin 2014, *Parlement européen c. Conseil*, aff. C-658/11.

(67) Le Parlement est d'accord sur le fait que l'accord poursuit un objectif principalement PESC, justifiant le recours à l'art. 37 TUE.

(68) Concl. Av. gén. Y. Bot, présentées le 30 janvier 2014, dans lesquelles il proposait à la Cour de rejeter le recours.

(69) Aff. C-658/11, préc., pts 59 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'objectif de sécurité entre PESC et ESLJ : quelques réflexions à partir de l'affaire C-130/10 (C.J.U.E., 19 juillet 2012, Parl...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

L'UNION EUROPÉENNE COMME ESPACE DÉMOCRATIQUE

Jacques CHEVALLIER

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
CERSA-CNRS

Que l'idée de démocratie soit au principe de la construction européenne, voilà qui relève de l'évidence : comme le soulignait Claude Blumann, on s'imagine mal que l'Union européenne puisse s'affranchir d'un principe qui constitue le dénominateur commun des États qui la composent. Les textes confirment sans surprise cette référence : le préambule du Traité sur l'Union européenne (TUE) n'affirme-t-il pas l'attachement des signataires aux « principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit » et le titre 2 ne témoigne-t-il pas de la démocratisation des institutions de l'Union ? Le principe de « démocratie représentative » sur lequel repose le fonctionnement de l'Union (art. 10, § 1er), se traduit non seulement par la représentation directe des citoyens au sein du Parlement européen, mais encore par le fait que les gouvernements des États sont eux-mêmes responsables devant leurs parlements nationaux ou devant leurs citoyens. Par ailleurs, la logique démocratique déborde le seul cadre représentatif, les citoyens se voyant reconnaître « le droit de participer à la vie démocratique de l'Union » (art. 10, § 3) et les institutions étant invitées à établir « un dialogue ouvert, transparent et régulier » avec les associations représentatives et la société civile (art. 11, § 2) : l'Union ne se borne donc pas à transposer la conception classique de la démocratie représentative d'inspiration libérale ; elle s'ouvre, elle aussi, à l'idée de démocratie participative qui tend à se diffuser dans les sociétés contemporaines.

Alors même que la nature démocratique de la construction européenne a été, ainsi, dès le départ clairement affirmée (1), puis progressivement consolidée, l'idée d'un « déficit démocratique » n'en est pas moins formulée de manière récurrente : les processus décisionnels européens échapperaient, en réalité, à tout droit de regard et à toute possibilité de contrôle des citoyens, entraînant par là même un sentiment de dépossession et une défiance croissante générée par le fonctionnement opaque des institutions ; la reprise dans le Traité de Lisbonne de l'essentiel des dispositions du projet de Traité constitutionnel, qui avaient pourtant été rejetées par référendum en France et aux Pays-Bas, a pu notamment apparaître comme l'indice

(1) S. Saurugger, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'Union européenne comme espace démocratique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

d'une Europe construite en dehors des peuples, voire contre les peuples (2). L'idée de déficit démocratique ne serait cependant pour certains (3) qu'un « mythe » : dès l'instant où l'on évalue la démocratie européenne, non pas à l'aune d'un modèle démocratique utopique, qui ne serait nulle part appliqué, la perspective change ; l'équilibre des pouvoirs, le contrôle démocratique indirect via les gouvernements nationaux et la montée en puissance du Parlement européen seraient des indices suffisants pour témoigner du caractère démocratique de l'Union, la démocratie participative se heurtant à des limites comparables au niveau national. Pour d'autres auteurs, il conviendrait surtout de prendre en compte la singularité de la démocratie européenne, qui ne serait, en fin de compte, que le reflet du particularisme de la construction européenne elle-même : parce que l'Union européenne est conçue à partir des États-nations, la démocratie pratiquée en son sein, tout comme la citoyenneté sur laquelle elle s'appuie, ne peut manquer de passer, dans une large mesure au moins, par leur prisme et, donc, d'être médiatisée.

Ce sont donc ces éléments de singularité qu'il convient de mettre en évidence, conduisant à concevoir, en l'état, la démocratie européenne come une démocratie « faible », par opposition au modèle de démocratie « forte » de Benjamin Barber (4) : non seulement, en effet, les États-nations restent en Europe le lieu privilégié de formation et d'expression des identités politiques, mais encore les citoyens européens se désintéressent d'un Parlement qui est censé les représenter, mais dans lequel ils ne se reconnaissent pas ; et ils sont pour l'essentiel tenus à l'écart de processus décisionnels qui sont, en revanche, largement ouverts aux groupes d'intérêt. Ces trois aspects, qu'il convient d'évoquer successivement, sont interdépendants et de fait indissociables : la faiblesse de l'identification à l'Europe est tout autant le vecteur que le produit de l'influence limitée du Parlement européen sur les grandes orientations et des difficultés de construction d'une « société civile » à l'échelle européenne ; mais, loin d'être définitivement stabilisés, ces éléments sont en perpétuelle évolution, comme en témoignent la montée en puissance du Parlement européen et la place qui est désormais donnée à la « société civile » dans la « gouvernance européenne ». La démocratie européenne doit, dès lors, être envisagée comme un processus dynamique, perpétuellement remis en chantier ; le préambule du Traité sur l'Union européenne d'ailleurs n'indiquait-il pas que les signataires étaient « désireux de *renforcer* le caractère démocratique et l'efficacité de fonctionnement des institutions » ? Ce qui montre qu'ils avaient bien conscience de la nécessité d'effectuer de nouveaux pas en avant.

(2) Les mesures de rigueur imposées à la Grèce, au Portugal ou à l'Irlande à la suite de la crise économique ont souvent été ainsi interprétées.

(3) A. Morawcsik, *The Choice of Europe : Social Purpose and State Power State to Messina to Maastricht,* Routledge/UCL Press, 1998, et *Raisons politiques*, mai 2003, pp. 87 et s.

(4) *Démocratie forte*, 1984, Paris, Desclée de Brouwer, 1997.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'Union européenne comme espace démocratique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

I. – L'Europe comme espace d'identification politique

La consécration par le Traité de Maastricht d'une « citoyenneté européenne » a constitué une étape dont l'importance ne saurait être sous-estimée. La citoyenneté est, en effet, un concept essentiel et fondateur, autour duquel ont été construits le lien politique et, au-delà, le lien social en Occident, dès la Cité antique. De la citoyenneté découle toute une conception de l'organisation politique – et notamment la démocratie –, tous les citoyens étant censés être non seulement égaux devant la loi (*isonomia*), mais encore disposer d'un pouvoir égal d'intervention dans les décisions collectives (*isegoria*) : support des représentations sur lesquelles s'appuie le pouvoir et en commande la légitimité, elle permet de construire une communauté politique, en transcendant les particularismes sociaux ; elle signifie que la diversité des origines et des statuts sociaux est surdéterminée dans l'ordre politique par l'existence d'une « communauté de citoyens », disposant des mêmes droits et adhérant aux mêmes valeurs. La citoyenneté apparaît comme le ciment de la société, ce qui lie ses éléments constitutifs et lui permet de rester soudée : elle est, dès lors, conçue, dans la Cité antique comme dans l'État-nation, comme un lien exclusif, incompatible avec toute autre allégeance politique parallèle ou concurrente.

L'avènement de la citoyenneté européenne apparaît, dès lors, comme un véritable *coup de force symbolique* : visant à consolider les fondations de la construction européenne, elle entend signifier que l'Europe constitue désormais une authentique communauté politique, que les Européens partagent un ensemble de valeurs communes, qu'ils se reconnaissent et s'identifient par référence à un nouvel espace politique, en tant que ressortissants de l'Union, qu'un Peuple européen, voire une Nation européenne, est, sinon d'ores et déjà constitué, du moins en voie de formation ; et, par là même, elle rompt avec la conception traditionnelle de la citoyenneté, dans la mesure où elle remet en cause l'exclusivisme de son rattachement à l'État-nation.

Sans doute, les implications concrètes de cette reconnaissance sont-elles réduites. La citoyenneté européenne, telle qu'elle a été conçue à Maastricht, puis par les traités ultérieurs (Amsterdam, Nice, Lisbonne), est « à faible densité » : les droits politiques auxquels elle donne accès (droit de vote et d'éligibilité dans un État dont on n'est pas le ressortissant aux élections municipales et européennes, droit de pétition) sont limités et les garanties nouvelles données au citoyen européen (protection diplomatique et consulaire, médiateur) sont d'importance mineure ; l'effet, en fin de compte, le plus important réside dans le droit pour tout citoyen de l'Union « de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres », mais le principe était posé depuis 1990 et il s'exerce « sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent Traité et par les dispositions prises pour son application ». Néanmoins, la portée symbolique de ce qui se présente comme un *énoncé performatif* n'en reste pas moins considérable.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'Union européenne comme espace démocratique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

La citoyenneté européenne n'est cependant conçue que comme une *citoyenneté de superposition*. En posant qu'« est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre » (art. 9 TUE), le Traité en fait une citoyenneté subsidiaire : elle ne se substitue par aux citoyennetés nationales, mais n'en est que complémentaire ; et elle passe par le filtre préalable des États qui gardent le pouvoir souverain de fixer les critères d'attribution du statut de national. Ce faisant, la citoyenneté européenne s'inscrit dans un mouvement plus général de diversification des liens d'allégeance politique. L'identité nationale à partir de laquelle a été forgé le lien politique ne relève plus, en effet, dans les sociétés contemporaines, de l'évidence : elle est prise en tenaille entre des identités de proximité et les liens de solidarité qui se développent au-delà de l'État-nation ; de nouveaux espaces de citoyenneté tendent à se constituer, mettant en cause l'exclusivisme étatique. Tout se passe comme si les individus étaient désormais écartelés entre plusieurs principes d'identification : le citoyen européen conserve, en effet, le lien d'allégeance qui l'unit à l'État-nation dont il est originaire ; la question est, dès lors, de savoir comment ces principes d'identification seront conciliés et les conflits possibles d'allégeances surmontés.

Non seulement l'émergence de la citoyenneté européenne n'a pas entraîné de déplacement du système d'allégeance de l'État-nation vers le niveau européen, mais encore tous les sondages (5) montrent que l'identification à l'Europe est faible, voire en recul (6). Sans doute la construction européenne n'est-elle pas généralement contestée, malgré la montée de « l'euroscepticisme », et les contraintes liées à l'existence de la monnaie unique dans les pays de la zone euro en majorité acceptées, en dépit des retombées de la crise économique ; mais l'Europe reste perçue par les citoyens comme un lieu de pouvoir « étranger », lointain et anonyme. L'existence d'intérêts communs ne signifie pas qu'une réelle « communauté politique » ait été forgée, en dépit des efforts déployés par les autorités européennes pour promouvoir un ensemble de valeurs et de représentations : il n'y a pas plus, en l'état, de « Nation européenne » que de « Peuple européen », tout au plus une société européenne ; et on ne saurait davantage parler d'un « espace public européen », conçu comme espace de débat et de discussion dépassant les frontières des États, et d'une « opinion publique européenne », celle-ci n'étant qu'un simple artefact résultant de l'agrégation des opinions publiques nationales. Les élections au Parlement européen ne contribuent pas elles-mêmes à renforcer le sentiment d'appartenance à l'Europe, les enjeux européens étant relégués au second plan ; il n'en avait pas été ainsi en France au moment du référendum sur le projet de Traité constitutionnel, mais le résultat avait précisément été négatif. L'État-nation constitue donc toujours en Europe le lieu privilégié de construction de l'identité politique.

(5) Voy. le programme permanent de sondages dont la Commission s'est dotée en 1973 sous le nom d'Eurobaromètre.

(6) D'après un sondage IPSOS-Steria de mai 2014, 32 % des interviewés se déclaraient « autant Européen[s] que Français », 39 % seulement estimant que l'appartenance de la France à l'Union européenne était « une bonne chose ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'Union européenne comme espace démocratique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le constat mérite cependant d'être relativisé par la prise en compte des effets du pluralisme identitaire qui prévaut dans les sociétés contemporaines : si l'État-nation reste la référence essentielle, cela n'exclut pas, on l'a dit, l'existence d'autres références de nature et de portée différentes. La citoyenneté européenne apparaît ainsi comme le reflet de la singularité d'une construction européenne se présentant comme un mode de coordination souple entre États, respectueuse des spécificités nationales : elle est appelée à rester conçue comme une citoyenneté de superposition, le citoyen européen conservant son allégeance à l'État-nation dont il est originaire, tout en partageant des valeurs (droits de l'homme, démocratie, État de droit) communes à l'ensemble des Européens ; elle s'inscrirait pleinement dans la conception plurielle d'une citoyenneté, reposant désormais sur l'emboîtement des allégeances. L'existence d'un lieu assurant la représentation des citoyens de l'Union contribue à renforcer ses assises.

II. – L'Europe comme espace de représentation politique

En tant qu'il est chargé de représenter les citoyens de l'Union, le Parlement apparaît comme l'instrument privilégié de démocratisation des institutions européennes.

Cette fonction éminente n'a été conquise que progressivement, au fil de réformes successives : l'élection depuis 1979 des parlementaires au suffrage universel direct a constitué une étape essentielle, en confortant une dimension représentative qui était jusque-là bien incertaine ; quant aux pouvoirs du Parlement, qui étaient au départ très limités et d'ordre consultatif, ils ont connu, à partir des années 1990 et de la signature du Traité de Maastricht, une considérable extension, en matière budgétaire, dans les différents domaines de compétence de l'Union et aussi en ce qui concerne le contrôle politique. Le Traité de Lisbonne est ainsi venu étendre la procédure de codécision à près de cinquante nouveaux domaines, en donnant au Parlement des pouvoirs législatifs comparables à ceux du Conseil des ministres, même dans des domaines sensibles, comme le contrôle aux frontières, l'accueil et le traitement des demandeurs d'asile ou la lutte contre l'immigration clandestine (7) ; le Parlement se voit reconnaître en matière budgétaire un droit de décision égal à celui du Conseil des ministres, notamment par l'adoption de l'ensemble du budget annuel ; enfin il a le droit de censurer la Commission, et le président de la Commission est désormais désigné par les chefs d'État et de gouvernement « en tenant compte » des résultats des élections européennes et de la majorité sortie des urnes (8). Au terme de cette évolution, le Parlement européen semble avoir conquis tous les attributs d'un authentique Parlement, en donnant aux citoyens européens, conformément

(7) Le Parlement est désormais associé à l'élaboration de quelque 75 % des textes.

(8) Les principales forces politiques ont ainsi été amenées à désigner, en vue des élections des 22-25 mai 2014, leur candidat à la présidence de la Commission et ces candidats ont mené une véritable campagne au niveau européen. Les résultats des élections ont amené le candidat du PPP, Jean-Claude Juncker, à revendiquer la présidence de la Commission.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'Union européenne comme espace démocratique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

au principe démocratique, prise sur les processus décisionnels par les vertus de la représentation.

Cette présentation tendrait cependant à ignorer les conditions très particulières de fonctionnement de la logique représentative au sein de l'Union.

D'abord, le processus conduisant à l'élection du Parlement européen est dominé par une rationalité nationale : en l'absence d'une procédure électorale uniforme, chaque État est libre du choix du système électoral (9) ; si des partis se sont progressivement constitués au niveau européen (10), c'est à partir des partis existant au niveau national et leur organisation reste très lâche (11) ; corrélativement, les enjeux politiques proprement européens tendent à passer au second plan au cours des campagnes derrière les enjeux politiques nationaux (12). La représentativité du Parlement ne peut que s'en trouver amoindrie : tandis que la montée de l'abstentionnisme (56,5 % aux élections de 2009, 57 % à celles de 2014) témoigne de l'incompréhension par les citoyens des enjeux du scrutin, les parlementaires européens se retrouvent totalement coupés de leurs électeurs ; l'éclatement des forces politiques au sein du Parlement entraîne par ailleurs de difficiles tractations pour la constitution des groupes et la formation des majorités.

Ensuite, le fonctionnement du Parlement européen contraste, par bien des aspects, avec celui des parlements nationaux : l'accent mis sur la recherche du consensus, au moins entre les groupes les plus importants, la très grande diversité, mais aussi la redoutable technicité des questions abordées, le ritualisme des débats en séance donnent une tonalité particulière aux travaux.

Enfin, et surtout, la montée en puissance incontestable du Parlement ne saurait pour autant conduire à surévaluer son influence : dans le « triangle institutionnel » qu'il forme avec la Commission et le Conseil, le Parlement ne dispose, en effet, ni du pouvoir d'initiative qui revient à la première, ni du pouvoir ultime de décision, qu'il partage avec le second dans le cadre de la procédure de codécision ; et la définition des grandes orientations des

(9) Selon un sondage Eurobaromètre de mai 2013, 48 % des Européens déclaraient ignorer le mode d'élection du Parlement.

(10) Si l'origine du Parti populaire européen (PPE), du Parti socialiste européen (PSE) et de l'Alliance des libéraux et des démocrates pour l'Europe (ALDE) remonte aux années 1970, le Parti Vert européen et le Parti de la gauche européenne (PGE) sont plus récents (2004).

(11) Jürgen Habermas va jusqu'à estimer que, faute d'existence de véritables partis européens, capables de présenter des projets différents, « les élections du Parlement européen ne peuvent absolument pas mériter le nom de scrutin démocratique » *(Le Monde*, 25 février 2014).

(12) Lors de son X^e^ Congrès tenu des 28 février et 1^er^ mars 2014, le Parti socialiste européen a adopté, en vue des élections de 2014, un « Manifeste » en dix points, « destiné à changer l'Europe dans le sens d'une plus grande solidarité, d'égalité, de démocratie et de progrès durable ». La montée en puissance de l'euroscepticisme a eu pour effet paradoxal de contribuer à mettre davantage en évidence les enjeux proprement européens à l'occasion de ces élections : pour les élections de mai 2014, la majorité des électeurs se seraient, d'après les sondages « sortie des urnes », prononcés en fonction de l'enjeu européen.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'Union européenne comme espace démocratique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

politiques européennes lui échappe au profit du Conseil européen (13).

Compte tenu des particularités de son mode d'élection et de la place qu'il occupe dans l'édifice institutionnel, le Parlement européen apparaît, en fin de compte, irréductible à tout autre.

La représentation prend ainsi des formes singulières au niveau de l'Union européenne : s'il est censé assurer la présence des citoyens au sein des institutions européennes, le Parlement est, en réalité, déconnecté d'un corps électoral segmenté et hétérogène et il doit composer avec les autres éléments d'un édifice complexe ; par ailleurs, la logique représentative ne concerne pas seulement les citoyens, mais encore les États membres, « représentés au Conseil européen par leur chef d'État ou de gouvernement et au Conseil par leurs gouvernements » (art. 10, § 2). Si la montée en puissance du Parlement a conduit à un meilleur équilibre entre les deux sources de légitimité qui existent à l'intérieur de l'Union, celle provenant des citoyens, celle provenant des États, leur coexistence apparaît inhérente à la construction européenne, en donnant, dès lors, à la notion de démocratie représentative une coloration toute particulière. Le problème est tout aussi présent en ce qui concerne la participation politique.

III. – L'Europe comme espace de participation politique

La démocratie est conçue dans le modèle libéral comme une démocratie représentative : si la source de tout pouvoir, le fondement de toute autorité résident dans la collectivité des citoyens, le peuple ne saurait s'immiscer dans la gestion des affaires publiques ; ce sont des représentants élus par lui qui sont chargés d'agir et de décider en son nom. À la différence de la démocratie antique, qui excluait toute idée de représentation, la démocratie libérale se présente comme une *démocratie « gouvernée »* : l'élection apparaît ainsi comme l'instrument et le moment par lesquels les citoyens se trouvent dépossédés de la réalité du pouvoir au profit des gouvernants ; une fois l'élection passée, la citoyenneté se transforme en une citoyenneté passive, le citoyen étant tenu de se soumettre aux commandements de ceux qu'il a choisis. Sans doute, la logique démocratique implique-t-elle que les citoyens gardent la possibilité d'intervenir dans le jeu politique, soit par la médiation partisane, soit encore en exprimant leur opinion selon diverses modalités (manifestations, pétitions…) ; cependant, cette intervention ne remet pas réellement en cause le principe même de la dépossession.

Cette conception apparaît désormais caduque dans les sociétés contemporaines : l'exigence démocratique paraît imposer de donner aux citoyens une emprise plus directe sur les choix collectifs ; la citoyenneté tend à devenir une *citoyenneté active*, incompatible avec toute idée de dépossession.

(13) Le rôle joué par le Parlement européen face à la crise économique que connaît l'Union, et notamment la zone euro, depuis 2008 a été très faible, pour ne pas dire inexistant, compte tenu du poids déterminant en la matière du Conseil européen et de la Banque centrale européenne.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'Union européenne comme espace démocratique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Les droits politiques de citoyenneté ne sauraient être réduits à la seule désignation de représentants chargés de gérer les affaires de la Cité ; ils impliquent un droit de regard sur les choix collectifs ; la démocratie « d'élection » se doublerait d'une démocratie « d'expression » (par la prise de parole) – et le cas de la Bulgarie en témoigne suffisamment –, d'une démocratie « d'implication » (par le débat) et d'une démocratie « d'intervention » (par l'action collective) (14).

Cette intervention des citoyens dans les processus politiques passe par deux voies essentielles : soit qu'ils aient la possibilité de faire valoir leur point de vue dans des espaces de discussion ; soit qu'ils soient présents dans le système décisionnel lui-même. La démocratie contemporaine se présente, dès lors, tout à la fois comme une « *démocratie délibérative* », reposant sur le principe de « discussion » (15), ce qui implique la confrontation permanente des points de vue dans des lieux de débat construits à cet effet, et comme une « démocratie participative », reposant sur le principe « d'inclusion », qui donne aux citoyens prise sur l'élaboration des choix (16).

Cette logique se retrouve, on l'a dit, au niveau européen, le Traité sur l'Union européenne énumérant les moyens permettant aux citoyens européens d'intervenir dans le fonctionnement de l'Union, à côté du principe « représentatif » sur lequel celle-ci est fondée : possibilité de « faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions » ainsi que de « prendre l'initiative d'inviter la Commission » à soumettre une proposition ; corrélativement, les institutions européennes sont tenues d'« entretenir un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile », la Commission étant invitée pour sa part à procéder « à de larges consultations des parties concernées ».

La volonté d'impliquer les citoyens européens dans le fonctionnement de l'Union relève d'une perspective nouvelle. Si, dès l'origine, les institutions européennes ont pratiqué une large ouverture, celle-ci était, en effet, faite exclusivement en direction des *groupes d'intérêt organisés* (organisations patronales et syndicales, associations professionnelles…) (17) : étroitement associés à l'élaboration des politiques communautaires, dans le cadre d'une « comitologie » qui a pu être, à juste titre, considérée comme l'un des signes distinctifs de la gouvernance européenne, les groupes d'intérêt se sont donné les moyens de peser sur les décisions prises à travers la pratique du *lobbying*, dont l'essor a été spectaculaire ; on évalue à quelque cinq mille le nombre de lobbies présents à Bruxelles, employant plusieurs milliers de personnes, lobbies qui défendent des intérêts de nature très diverse et interviennent tantôt de manière ponctuelle et occasionnelle, tantôt

(14) P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. Le politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006.
(15) C. Girard et A. Le Goff, *Introduction à la démocratie délibérative*, Paris, Hermann, 2010.
(16) C. Pateman, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge U.P., 1970 ; D. Held, *Models of Democracy*, Cambridge Polity Press, 2007.
(17) E. Grossman et S. Saurugger, *Les groupes d'intérêt*, Paris, A. Colin, 2006.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'Union européenne comme espace démocratique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de manière permanente via des cabinets spécialisés. Le souhait d'une plus grande transparence dans la pratique du *lobbying*, conduisant en février 2006 au lancement d'un Livre vert, a incité la Commission et le Parlement à s'accorder en avril 2009 sur la définition d'un cadre plus strict, comportant la création d'un registre volontaire unique et l'élaboration d'un code de conduite. Par ailleurs, les groupes d'intérêt bénéficient d'une représentation directe au sein des institutions européennes, par l'intermédiaire du Comité économique et social européen (CESE) (18). Les groupes d'intérêt ont donc toute leur place dans l'espace politique européen, mais c'est seulement par leur intermédiaire que les citoyens pouvaient espérer être entendus.

Le constat d'un « déficit démocratique » a cependant conduit à élargir le cercle des acteurs impliqués dans la marche de l'Union : l'accent mis à partir des années 1990 sur la notion de « société civile européenne » en sera l'illustration (19). Après l'institution, en 1995, d'un forum permanent de la société civile regroupant quelque cent trente organisations (20), le Livre blanc sur « la gouvernance européenne », publié par la Commission le 25 juillet 2001, formulera une série de propositions, en vue de remédier à la « crise de confiance » des citoyens à l'égard de l'Union : une « participation renforcée de la société civile » est censée permettre à la fois une plus grande efficacité de la prise de décision et une légitimité accrue des politiques publiques ; si les groupes d'intérêt et les lobbyistes se féliciteront d'une politique considérée comme étant de nature à conforter la légitimité, celle-ci traduit bien la volonté de ne pas s'en tenir à leur seule médiation, en impliquant d'autres catégories d'acteurs mobilisés autour de causes d'intérêt général ou citoyennes. « À côté d'une logique démocratique reposant sur l'égale représentation des citoyens au sein des organes législatifs devait se développer une forme plus fluide de démocratisation par le biais de la participation directe et ouverte des intérêts organisés et des associations civiques » (21).

Cette problématique nouvelle n'a pas été dépourvue d'implications concrètes : elle conduira le Parlement à organiser de vastes auditions et à nouer, par l'entremise de ses intergroupes thématiques, des relations avec les associations civiques. Quant au CESE, il cherchera à consolider ses assises, en se posant, en 1999, comme la « maison de la société civile », en tant que forum de dialogue avec la société civile organisée et « intermédiaire chargé de relayer les aspirations légitimes des citoyens européens par le biais des organisations qui les représentent » – autoproclamation fraîchement reçue

(18) C. Guichet, *Le Comité économique et social européen : une organisation capable de s'imposer dans la gouvernance européenne*, coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2013.

(19) H. Michel, « La société civile dans la gouvernance européenne », *Actes de la recherche en sciences sociales*, nº 166-167, mars 2007, pp. 31 et s.

(20) J. Weisbein et F. Métand, *Introduction à l'intégration européenne : sociétés, politique et institutions*, coll. Ouverture politique, Bruxelles, De Boeck, 2011.

(21) P. Magnette, *Le régime politique de l'Union européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 2003.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'Union européenne comme espace démocratique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

par les associations civiques qui se sentent peu représentées par lui mais qui conduira le Traité de Nice en 2001 à se référer pour la première fois à la société civile pour définir sa composition.

La portée de la référence à la société civile apparaît, en fin de compte, limitée : si elle manifeste bien le souci d'aller au-delà des partenaires traditionnels de l'Union, l'implication de la société civile passe toujours par la médiation d'intérêts collectifs organisés (associations, organisations non gouvernementales…) ; le citoyen européen n'a pas, en revanche, la possibilité de faire valoir directement son point de vue. La participation reste donc l'apanage des représentants des groupes d'intérêt : l'accès au statut d'interlocuteur attitré des institutions européennes dépend d'un processus de reconnaissance qui est fonction de la contribution que les intéressés sont susceptibles d'apporter à la définition des politiques européennes ; il s'agit seulement de faire une place plus importante, à côté des groupes d'intérêt « privés », aux groupes d'intérêt « publics » constitués pour défendre des causes d'intérêt général. Ce constat n'est au demeurant pas propre à l'Europe : au niveau national, les procédures participatives sont, elles aussi, caractérisées par des mécanismes sélectifs ; les citoyens ont besoin de recourir à la médiation de porte-parole associatifs, qui restent des acteurs incontournables de tout dispositif participatif.

Sans doute, les formules nouvelles, dites de « débat public », qui se développent partout, visent-elles à permettre aux citoyens de faire valoir directement leur point de vue, mais le principe d'ouverture ne signifie pas pour autant l'absence de mécanismes de filtrage et de criblage des intéressés ; la participation au débat suppose, dans tous les cas, l'existence d'un « intérêt », ainsi que la détention de certaines ressources, sociales et culturelles, indispensables pour entrer dans le jeu de la discussion et de l'échange. Dans tous les cas, on voit mal comment des procédures comparables pourraient être organisées dans le cadre de l'Union, compte tenu du nombre et de la diversité des citoyens européens.

L'« initiative citoyenne européenne » (ICE), instituée par le Traité de Lisbonne (art. 11, § 4, du TUE) pour remédier au déficit démocratique de l'Union, offre cependant une voie nouvelle de participation, dont l'importance ne saurait être sous-estimée. Le dispositif, entré en application le 1er avril 2012, paraît à première vue lourd et complexe : au moins un million de citoyens, provenant d'au moins un quart des États membres, doivent soutenir l'initiative, portée par un comité d'au moins sept organisateurs provenant au moins de sept États membres de l'Union ; et le sort de celle-ci dépend de la Commission, qui dispose d'un délai de trois mois pour l'examiner et décider de la suite à donner.

La crainte que ce dispositif ne reste lettre morte, comme sans doute « l'initiative partagée » qui a été instituée en France par la révision constitutionnelle de 2008 (les textes d'application n'ont cependant été adoptés qu'à la fin décembre 2013) et qui fait l'objet d'un strict encadrement, s'est révélée

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'Union européenne comme espace démocratique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

infondée, le monde associatif y ayant vu une opportunité à saisir : les premières initiatives *Right to water* (1.682.285 signatures), *Un de nous* sur la protection juridique de l'embryon (1.721.626) et *Stop Vivisection* pour l'abolition de l'expérimentation animale (1.326.607) ont été clôturées le 1er novembre 2013 et d'autres suivent (six déposées en 2013). Sans préjuger de la suite qui leur sera donnée, l'ICE apparaît d'ores et déjà comme un instrument privilégié de mobilisation citoyenne au niveau européen ; mais cette mobilisation présuppose la médiation associative.

La démocratie européenne présente donc un profil singulier par rapport non seulement au modèle libéral traditionnel, mais encore aux inflexions de ce modèle : cette singularité n'est que le reflet du particularisme de la construction européenne, édifiée à partir des États-nations. Les mécanismes démocratiques ne sauraient, dès lors, être conçus de la même façon : les citoyens européens s'identifient peu à une Europe qui leur apparaît lointaine et opaque, le Parlement qu'ils élisent n'est qu'un élément d'un système institutionnel complexe et ils n'ont la possibilité de peser sur les politiques européennes que par l'intermédiaire des groupes d'intérêt. Il reste qu'au fil de la construction européenne, les contours de la démocratie européenne ont été sensiblement modifiés, et ce mouvement d'approfondissement est sans doute appelé à connaître d'autres prolongements.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'Union européenne comme espace démocratique
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

À LA RECHERCHE DU « PATRIMOINE CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN »… (1)

Vlad CONSTANTINESCO

Professeur émérite de l'Université de Strasbourg

Depuis 1989, on a assisté à une profonde modification du paysage politique et juridique européen. Le continent européen n'est certes plus divisé entre deux blocs antagonistes comme du temps du *Rideau de fer*, car la carte politique du continent a subi des bouleversements considérables, en dépit du principe, encore affirmé par l'Acte d'Helsinki, en 1975, de l'intangibilité des frontières héritées de la Seconde Guerre mondiale (2).

Des États – et non des moindres – ont disparu : l'URSS est ainsi remplacée par quinze États nouveaux : Arménie, Azerbaïdjan, Biélorussie, Estonie, Géorgie, Kazakhstan, Kirghizstan, Lettonie, Lituanie, Moldavie, Ouzbékistan, Russie, Tadjikistan, Turkménistan, Ukraine (3). La Tchécoslovaquie disparaît et se scinde en deux nouveaux États : Slovaquie, République tchèque, tandis que la Yougoslavie éclate entre Serbie, Croatie, Monténégro, Slovénie, Bosnie-Herzégovine, Macédoine et Kosovo (4)… Au total, ce sont vingt-quatre nouveaux États qui viennent enrichir la carte politique d'une Europe dont les limites dépassent désormais celles de la stricte géographie pour s'étendre au continent asiatique (5)… On pourrait ainsi opposer l'Europe de la géographie à l'Europe de la liberté !

Le surgissement d'un nombre aussi important de nouvelles formations étatiques constitue un bouleversement qui n'a d'équivalent, dans le passé, que celui des lendemains de la Première Guerre mondiale et, d'une certaine

(1) Cette contribution constitue une version amendée et complétée d'une communication faite en juin 2013, aux Journées franco-roumaines de droit comparé. Le récipiendaire de ces *Mélanges* voudra bien excuser ce réemploi partiel.

(2) Principe dont on peut se demander s'il a encore cette qualité ou cette nature, compte tenu du nombre important de violations qu'il subit…

(3) Les récents événements que connaît l'Ukraine font craindre à terme la possibilité d'une partition de ce pays… Le résultat du référendum organisé en Crimée a « validé » – sous l'apparence de l'application du principe démocratique – l'annexion de ce territoire par la Russie. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, réuni au niveau des Délégués des ministres, ne s'y est pas trompé, en indiquant : « Les Délégués ont par ailleurs souligné que le référendum illégal du 16 mars et l'annexion également illégale de la Crimée par la Fédération de Russie qui s'en est suivie ne pouvaient nullement constituer le fondement d'une modification quelconque du statut de la Crimée et de la ville Sébastopol », communiqué de presse, DC040(2014).

(4) Pour une analyse de ces phénomènes, voy. J.-D. Mouton et S. Pierré-Caps (dir.), *États fragmentés*, Nancy, PU de Nancy-Éd. Universitaires de Lorraine, 2012.

(5) Sur ce basculement : S. Pierré-Caps, *Droits constitutionnels étrangers*, Paris, PUF, 2010, spéc. pp. 167 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

façon, la nouvelle Europe post-1989 répond aux traités de paix signés à l'issue de la guerre de 1914-1918 : l'histoire rattrape le présent !

En tout cas, le *corpus* constitutionnel européen s'est notablement enrichi et c'est ainsi que le Conseil de l'Europe, dès 1996, à travers sa *Commission pour la démocratie par le droit*, dite aussi *Commission de Venise*, s'est penché sur la notion de « patrimoine constitutionnel européen » (6). L'idée était de constater, à travers la diversité des expériences nationales, l'existence d'un certain nombre de principes communs d'organisation, qui pourraient être regroupés autour de la notion de « patrimoine constitutionnel européen », s'imposant – comme une référence obligée – aux nouveaux constituants à l'œuvre dans ces nouveaux États et exprimant une communauté de valeurs propre à cet espace européen, renouvelé et élargi.

C'est cette notion que je voudrais examiner, de manière critique, en m'associant ainsi à l'hommage rendu à Claude Blumann, dont les travaux n'ont cessé d'analyser le droit européen dans ses domaines les plus variés, mais toujours avec la rigueur et la précision qu'on lui connaît. La date de cet hommage – 2014 – marque aussi, pour nous deux, le quarantième anniversaire d'un rite de passage commun (7)…

La notion de patrimoine provient du droit civil et obéit à une définition assez précise : « un ensemble de biens et d'obligations appartenant à une même personne » (8).

L'emploi de cette notion en droit constitutionnel – et en droit européen – ne peut être que métaphorique : les personnes juridiques que sont les États d'Europe ne peuvent, en effet, être ensemble titulaires d'un même patrimoine constitutionnel qui leur serait commun, si l'on entend la notion de patrimoine de manière stricte… D'autant qu'il s'agit, s'agissant du patrimoine constitutionnel, d'un patrimoine immatériel, notion elle-même discutée (9)…

Le mot *patrimoine* (du latin *pater*, *patrimonium*) désigne aussi, par extension, « un ensemble de biens communément reconnus comme ayant une valeur éminente ». Bon nombre de textes juridiques de droit international public donnent une signification extensive à la notion de patrimoine. La

(6) Voy. Commission européenne pour la démocratie par le droit : *Le patrimoine constitutionnel européen* (Actes du séminaire *UniDem* organisé à Montpellier [France] les 22 et 23 novembre 1996, en coopération avec l'Université de Montpellier), éd. du Conseil de l'Europe, 1997.

(7) Voy. D. Simon, « Petite incursion ethnographique dans un rite initiatique », in *Espaces du Service public. Mélanges J. du Bois de Gaudusson*, Pessac, PU de Bordeaux, 2014, p. 629.

(8) G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, coll. Quadrige, Paris, PUF, 2000, p. 623.

(9) Voy. l'arrêté du 27 avril 2007, portant création de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE), service à compétence nationale, publiant chaque année un rapport d'activités, diffusé par La Documentation française. Voy. aussi les Actes du colloque organisé par le Conseil d'État sur *Le patrimoine immatériel des personnes publiques*, coll. Droits et Débats, Paris, La Documentation française, nº 6, 2013, qui montrent bien les difficultés d'une définition juridique de la notion de « patrimoine immatériel ». Pour une application au domaine de la culture : J. El Abiad, *Le patrimoine culturel immatériel*, Paris, L'Harmattan, 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

notion prospère d'abord en droit international public (10) avant de percer dans le droit constitutionnel comparé.

Le terme de « patrimoine » renvoie aussi à la distinction entre un *actif* et un *passif*.

S'agissant du « patrimoine constitutionnel européen », le *passif* est, sans conteste, lourd : révolutions, coups d'État interrompant le fonctionnement régulier d'institutions constitutionnelles, régimes de concentration des pouvoirs ou de parti unique aboutissant à des dictatures, violations de la Constitution, sans parler des multiples et massives atteintes aux droits fondamentaux dont le XX^{e} siècle a connu des paroxysmes sans précédent dans l'histoire de l'humanité…

Bien sûr, la version du « patrimoine constitutionnel européen » que l'on cherche actuellement à construire et à promouvoir retient une vision irénique et positive du passé – et exclut, de ce fait, le passif ancien comme récent, sauf à le considérer « en creux », à travers les dispositions constitutionnelles qui entendent précisément prévenir le retour à de telles pratiques. Il n'en demeure pas moins que le rapport au passé – plus ou moins assumé, plus au moins serein selon les pays – est l'une des composantes, essentielles, mais peu visibles, de ce patrimoine constitutionnel européen. Mais le courage d'explorer un passé pas toujours glorieux ni conforme aux idéaux proclamés par les textes constitutionnels, ainsi que de reconnaître et d'assumer certains faits marquants du passé est une vertu trop peu répandue encore dans l'espace européen, en dépit de quelques illustrations, aussi rares que bienvenues.

---

(10) Ainsi, l'Assemblée générale des Nations unies adoptait, en 1970, une résolution stipulant que « le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale (ci-après dénommée "la zone"), ainsi que les ressources de la zone, sont le patrimoine commun de l'humanité ». La *Convention de Montego Bay*, du 10 décembre 1982, consacre cette notion et en définit le régime juridique, caractérisé par trois éléments : *non-appropriation étatique*, *utilisation pacifique* et *exploitation dans l'intérêt de l'humanité*, ce qui implique une répartition équitable des bénéfices découlant de l'exploitation de cette zone. La gestion de ces ressources est confiée à une *Autorité internationale des fonds marins*, placée sous le contrôle du *Tribunal international de la mer*.
La *Convention de l'Unesco concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel* (16 novembre 1972) évoque : « le patrimoine mondial culturel et naturel », qui permet aujourd'hui la protection de neuf cent soixante-deux biens culturels ou naturels dans le monde, dont la gastronomie française, qui relève du « patrimoine immatériel ».
On sait aussi que l'accord du 18 décembre 1979 régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes, affirmait que « [l]a Lune et ses ressources constituent le patrimoine commun de l'humanité » (art. 11, § 1er). Aujourd'hui, certains réclament que l'eau ou le génome humain soient également qualifiés de « patrimoine commun de l'humanité ». La question est alors de savoir si cette qualification entraîne, pour les choses qui en font l'objet, un régime juridique particulier, précis – autre que verbal –, et indépendant des souverainetés nationales ? Autre question sans véritable réponse : un patrimoine peut-il exister en l'absence d'une personne qui en soit le titulaire ? Parler de « patrimoine commun de l'humanité » ne supposerait-il pas, au préalable, que l'humanité ait la personnalité juridique ? Voy. J. Charpentier, « L'humanité : un patrimoine, mais pas de personnalité juridique », in M. Prieur et C. Lambrechts (dir.), *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt et unième siècle. Études en hommage à Alexandre Kiss*, Éd. Frison-Roche, 1998, p. 17.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Peut-être le terme d'*héritage constitutionnel* eût-il été plus approprié pour désigner cet arrière-plan (historique, certes, mais toujours vivant) de valeurs et de principes auxquels les constitutions actuelles de l'Europe sont censées s'adosser. Car on peut accepter un héritage *sous bénéfice d'inventaire* et, par conséquent, opérer un tri entre ce que l'on accepte de ce patrimoine et ce que l'on en rejette.

Il s'agira alors de vérifier – comme la notion même de « patrimoine constitutionnel européen » invite à le faire – s'il existe bien, en Europe, suffisamment d'éléments communs entre les États qui la composent – sur le plan de l'organisation politique – pour justifier le constat de l'existence d'un « patrimoine constitutionnel européen commun » (11). Celui-ci, au surplus, s'il était avéré, constituerait un bel article d'exportation dont l'Union européenne ne peut que s'enorgueillir et qui correspond à une sorte de « mission ou de modèle de civilisation » (12).

À mon sens, au moins trois questions se posent.

- Est-il possible de dégager un patrimoine constitutionnel commun en Europe ? La notion répond-elle à une réalité ou demeure-t-elle affectée d'un fort coefficient d'improbabilité (I) ?

- Quelles seraient les composantes de ce « patrimoine constitutionnel européen » (II) ?

- Ce patrimoine, à supposer que l'on arrive à démontrer son existence et son contenu, est-il exclusivement et spécifiquement européen ? Faut-il faire une distinction entre patrimoine « européen » et patrimoine « occidental » ? L'Europe partage-t-elle ce patrimoine avec d'autres continents (III) ?

I. – L'improbabilité d'un patrimoine constitutionnel européen

Trois considérations peuvent expliquer pourquoi l'existence même d'un patrimoine constitutionnel commun aux pays européens semble problématique, difficile, voire impossible à cerner.

A. La première est tirée des histoires politiques et constitutionnelles de chaque pays d'Europe. Chacune de ces histoires, chacune de ces traditions constitutionnelles et chacune des cultures politiques qui en est issue sont particulières et spécifiques, largement irréductibles aux autres. Par

(11) D. Rousseau, « La notion de patrimoine constitutionnel européen », in *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 27. Voy. aussi M. I. Ortiz, *El patrimonio constitucional europeo : su asimilación por el orden jurídico comunitario (analisis específico del « patrimonio europeo de los derechos fundamentales »)*, thèse Barcelone/Montpellier, 2009.

(12) Voy. la formule d'A. Mattera : « L'Union a pour mission d'offrir un modèle de société fondé sur [s]es valeurs aux peuples du monde en quête de liberté, de démocratie, de reconquête de leur dignité humaine, qui se tournent vers elles », in « Droits fondamentaux, principes et valeurs de l'Union européenne. Quelques réflexions suite à l'arrêt du 21 décembre 2011, aff. jtes C-411/10 et C-493/10 », *RDUE*, 2012, p. 130.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

exemple, l'accession à la qualité d'État ou l'établissement d'un ordre constitutionnel ne s'est pas fait partout ni au même moment, ni au même rythme. Des différences importantes de temporalité existent entre les nations européennes quant à la découverte et à la mise en place d'un constitutionnalisme moderne, comprenant, par exemple, les instruments raffinés d'un contrôle de constitutionnalité efficace. L'histoire politique de chaque État a forgé des identités constitutionnelles (13) propres à chaque pays dont on voit mal – sauf à demeurer à un niveau de très grande généralité – ce qu'elles auraient en commun ou ce qu'elles auraient de commun… On peut même se demander si la recherche d'un patrimoine commun ne serait pas, au contraire, l'indice d'une méconnaissance des histoires politiques et constitutionnelles de chacun des pays d'Europe. D'ailleurs, l'ignorance du voisin ou le peu d'intérêt qu'on lui manifeste semblent des traits assez généralement répandus en Europe, en dépit de brillantes, mais rares, exceptions.

B. La deuxième considération est tirée du jeu des forces politiques à l'œuvre dans un régime politique : partis, syndicats et groupes de pression – auxquels il faut sans doute ajouter la presse ou les médias. Généralement, ces forces politiques ne figurent que de manière discrète dans les textes constitutionnels sous la forme de principes qu'elles doivent respecter dans leur organisation et leur fonctionnement. Certaines constitutions – comme la Loi fondamentale allemande ou la Constitution de la Turquie – établissent des procédures permettant de vérifier l'observation de ces principes et d'en sanctionner la violation, s'agissant des partis politiques. Si la nécessité d'un *pluralisme partisan* – ce qui demeure une exigence bien générale – peut être considérée comme un élément du patrimoine constitutionnel européen, les forces politiques (et, en particulier, les élections qui sont le mode d'expression des partis politiques) peuvent-elles être comptées parmi les éléments constitutifs de ce patrimoine européen ? Un véritable pluralisme partisan suppose des élections libres et disputées, un découpage équilibré des circonscriptions, le respect du principe *one man, one vote*, et pose aussi la question de savoir comment assurer le financement des partis politiques. Notamment, selon quelles modalités construire leur financement public – une fois son principe admis (14) ? Tous ces éléments font-ils ou non partie du « patrimoine constitutionnel européen » ?

C. En troisième lieu, la reconnaissance par le droit de l'Union de l'obligation, pour celle-ci, de respecter les *identités nationales* de ses États membres n'attire-t-elle pas l'attention sur les singularités constitutionnelles des États membres, qui sont autant d'éléments constitutionnels nationaux irréductibles, rompant avec l'idée d'un « patrimoine commun » ? Cette

(13) La notion même d'*identité constitutionnelle nationale*, « redécouverte » par certaines juridictions constitutionnelles et inscrite dans le Traité sur l'Union européenne, comme limite à l'action de celle-ci, est symptomatique d'un enregistrement de la force et de la variété des particularismes constitutionnels nationaux…

(14) On peut, en effet, discuter le principe même d'un financement public des partis politiques, dans la mesure où l'argent qui finance telle ou telle formation politique, procédant de recettes fiscales, proviendra nécessairement aussi de contribuables qui lui sont hostiles…

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

reconnaissance peut être mise en parallèle avec la notion d'*identité constitutionnelle nationale* développée par plusieurs cours constitutionnelles pour contester la primauté du droit de l'Union ou encore avec la notion de *marge nationale d'appréciation* que le juge européen des droits de l'homme reconnaît aux États dans les modalités qu'ils peuvent imposer à l'exercice des droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme. Dans chaque cas, ce sont les singularités de chaque droit constitutionnel national qui sont mises en évidence et, donc, ce sont autant de freins, voire d'obstacles, qui sont mis ainsi à l'émergence d'un « patrimoine constitutionnel européen ».

D. Ce qui ressort enfin d'un examen sommaire des constitutions des États européens – des 28 de l'Union européenne ou des 47 du Conseil de l'Europe – semble plus être la variété et les différences entre les solutions constitutionnelles de chaque pays que la présence d'éléments communs.

Différence, d'abord, des matières entrant dans le champ même de la constitution : ainsi, par exemple, l'article 75b de la Constitution fédérale de la Confédération helvétique, accepté en 2012 par une votation populaire, fixe la limite assignée aux résidences secondaires dans chaque commune à : « […] au maximum 20 % du parc des logements et de la surface brute au sol habitable de chaque commune ». Exemple d'une disposition matériellement constitutionnelle, procédé finalement assez rare dans le *corpus* constitutionnel des États européens.

Variété, ensuite, quant à la place de Dieu et de l'Église : quoi de commun entre les Constitutions de l'Irlande (15), de la Grèce (16), de

(15) « Au nom de la Très Sainte Trinité, de laquelle découle toute autorité et à laquelle toutes les actions des hommes et des États doivent se conformer, comme notre but suprême,
Nous, peuple de l'Irlande,
Reconnaissant humblement toutes nos obligations envers notre seigneur, Jésus-Christ, qui a soutenu nos pères pendant des siècles d'épreuves,
Se souvenant avec gratitude de leur lutte héroïque et implacable pour rétablir l'indépendance à laquelle notre Nation avait droit,
Désireux d'assurer le bien commun, tout en respectant la prudence, la justice et la charité, afin de garantir la dignité et la liberté de chacun, de maintenir un ordre véritablement social, de restaurer l'unité de notre pays et d'établir la paix avec toutes les autres nations,
Nous adoptons, nous promulguons et nous nous donnons la présente Constitution. »

(16) Préambule : « Au nom de la Trinité Sainte, Consubstantielle et Indivisible » ;
« Art. 3. 1. La religion dominante en Grèce est celle de l'Église Orthodoxe Orientale du Christ. L'Église Orthodoxe de Grèce, reconnaissant pour Chef Notre Seigneur Jésus-Christ, est indissolublement unie, quant au dogme, à la Grande Église de Constantinople et à toute autre Église chrétienne du même dogme, observant immuablement, comme celles-ci, les saints canons apostoliques et synodiques ainsi que les saintes traditions. Elle est autocéphale et administrée par le Saint-Synode, qui est composé des Évêques en fonction, et par le Saint-Synode Permanent qui, émanant de celui-ci, est constitué comme il est prescrit par la Charte Statutaire de l'Église, les dispositions du Tome Patriarcal du 29 juin 1850 et de l'Acte Synodique du 4 septembre 1928 étant observées.
3. 2. Le régime ecclésiastique existant dans certaines régions de l'État n'est pas contraire aux dispositions du paragraphe précédent.
3. 3. Le texte des Saintes Écritures reste inaltérable. Sa traduction officielle en une autre forme de langage sans l'approbation de l'Église Autocéphale de Grèce et de la Grande Église du Christ à Constantinople est interdite. »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'Allemagne (17) et de la Suisse (18) qui commencent par une *invocatio Dei* et la Constitution française qui affirme que la France est une République laïque ?

Variété aussi quant à la forme du pouvoir : monarchies ici (Royaume-Uni, Hollande, Espagne, Belgique, Luxembourg, Suède, Norvège, Andorre, Liechtenstein, Monaco), républiques ailleurs…

Variété quant à l'organisation des structures territoriales de l'État : indivisibilité de l'État ici (Luxembourg), indivisibilité de la République là (France), mais aussi décentralisation (France), fédéralisme (Allemagne, Belgique, Suisse, Autriche), État régional (Italie), État des autonomies (Espagne), *devolution* (Royaume-Uni)…

Variété, enfin, quant aux régimes politiques adoptés. À lire les textes constitutionnels, on constatera que beaucoup des États d'Europe se sont orientés vers des *régimes de type parlementaire*, illustrant le *principe de séparation des pouvoirs* entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, mais aussi avec une distinction entre le chef de l'État – en principe irresponsable politiquement – et le chef du gouvernement, politiquement responsable devant le pouvoir législatif, mais que de différences entre les régimes où le chef de l'État est élu au suffrage universel direct (France, Roumanie, Finlande) et ceux où c'est le Premier ministre qui peut être considéré comme l'émanation du suffrage universel (Royaume-Uni, Allemagne, Italie) ! Que de différences aussi entre les diverses modalités de la mise en jeu de la responsabilité politique et pénale de l'exécutif ! Que de différences entre les constitutions quant à la place du troisième pouvoir, le pouvoir judiciaire (19) ou juridictionnel !

Cependant, les pays issus de l'ex-Union soviétique ont, eux, plutôt choisi des régimes de type présidentiel, voire « présidentialistes » (20). Les pays d'Europe centrale et orientale, tout en gardant une trame parlementaire, ont introduit l'élection directe du chef de l'État, ce qui ne manque pas d'affecter, voire de bouleverser, l'équilibre du régime parlementaire traditionnel.

On le voit, les nombreux facteurs de différenciation qui viennent d'être relevés semblent *a priori* rendre difficile le constat de l'existence d'un véritable patrimoine constitutionnel à l'échelle de l'Europe…

Ce « patrimoine constitutionnel européen » ne se situe-t-il pas davantage par rapport à une commune référence aux droits de l'homme que par rapport à telle ou telle option de mécanique constitutionnelle ?

---

(17) « Conscient de sa responsabilité devant Dieu et devant les hommes, animé de la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie, le peuple allemand s'est donné la présente Loi fondamentale en vertu de son pouvoir constituant […] ».

(18) « Au nom de Dieu Tout-Puissant ! *Le peuple et les cantons suisses,* conscients de leur responsabilité envers la Création, […] ».

(19) La Constitution française évoque l'*autorité* judiciaire.

(20) J.-P. Massias, *Droit constitutionnel des États de l'Europe de l'Est*, coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 2008.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Les États européens, cependant, ne vivent plus en vase clos : leur appartenance à des ensembles internationaux communs permet de faire circuler entre eux notions et concepts, institutions et règles qui, ensemble, peuvent aboutir à configurer un « patrimoine constitutionnel commun ». Les notions migrent grâce aux phénomènes d'imitation, particulièrement frappants dans le domaine constitutionnel à l'époque où nombre d'États d'Europe centrale et orientale aspiraient à rejoindre les institutions européennes. La pression européenne a donc été un important facteur de formation de ce patrimoine constitutionnel commun, ce que l'on vérifie en examinant ses composantes.

II. – Les composantes du patrimoine constitutionnel européen

On doit à l'initiative de la Commission de Venise – centre d'expertise constitutionnelle fonctionnant dans le cadre du Conseil de l'Europe – une première réflexion d'ensemble sur la notion de « patrimoine constitutionnel européen » (21), *Le patrimoine constitutionnel européen, op. cit.*.

Établir la consistance de ce « patrimoine constitutionnel commun » oblige à en rechercher les différentes sources. Celles-ci sont évidemment d'abord nationales (A). Mais il faut y ajouter une série d'instruments internationaux auxquels les États européens sont partie (B).

A. – Les sources nationales

La comparaison entre les constitutions des États européens fait apparaître des concordances et des constantes (22) : ce sont elles qui configurent le « patrimoine constitutionnel européen ». Cette comparaison fait ressortir une possible définition du « patrimoine constitutionnel européen » articulée autour des notions communes et partagées de la *démocratie constitutionnelle* et du *respect des droits fondamentaux* dans le cadre d'un *État de droit* (23).

Ce patrimoine pourrait être synthétisé autour des deux mots-clés de *démocratie* et de *libéralisme*. La *démocratie* désignant l'ensemble des mécanismes qui assurent que l'origine du pouvoir politique correspond à la volonté exprimée par le plus grand nombre, et dont les règles constitutives sont fixées dans un texte constitutionnel (24), tandis que le *libéralisme*

(21) Commission européenne pour la démocratie par le droit

(22) On doit à C. Grewe et H. Ruiz Fabri un ouvrage pionnier : *Droits constitutionnels européens*, coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 1995, hélas non réédité depuis...

(23) D. Rousseau, « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *op. cit.*, p. 16. Cette définition rejoint le constat fait par C. Grewe et H. Ruiz Fabri qui distinguent l'État assujetti au droit, la finalisation de l'État par les droits fondamentaux et la démocratie, la situation de l'État à travers son organisation territoriale.

(24) On ne contestera pas au Royaume-Uni la qualité de *démocratie constitutionnelle*, même si ce pays ne possède pas de constitution écrite au sens continental du terme.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

sera décrit comme l'ensemble des mécanismes qui permettent de limiter le pouvoir politique, même si ce pouvoir possède un fondement démocratique, comme, en premier lieu, la constitution, la séparation des pouvoirs ou le contrôle de constitutionnalité qu'elle établit.

Relèverait aussi de ce patrimoine constitutionnel commun le *vocabulaire politique* qui exprime les concepts avec lesquels les modes d'organisation du pouvoir politique sont pensés : ainsi, les notions d'*État*, de *Constitution*, de *souveraineté*, de *pouvoir constituant*, d'*État de droit*, etc., tissent un langage commun qui a permis et permet encore, par la circulation de l'information, la circulation des institutions politiques qui formeront ce patrimoine commun. Les plus récentes constitutions européennes témoignent de ces phénomènes d'emprunt ou de greffe, pas toujours réussis d'ailleurs, car souvent faits en méconnaissance des traditions politiques locales ou par volonté de rupture avec elles. Sous-jacente à la démocratie et au libéralisme se trouve aussi une conception particulière de la nature humaine, une *conception individualiste* selon laquelle, loin d'être soumis entièrement à la collectivité politique à laquelle il appartient, l'individu dispose d'une liberté originelle et de droits propres que les institutions politiques doivent respecter et qu'il peut leur opposer.

Chacun de ces éléments rassemble évidemment – dans sa généralité – plusieurs institutions.

Ainsi, le terme de *démocratie* recouvrirait-il le pluralisme politique, le respect des minorités, le suffrage universel direct (les procédures référendaires) et indirect, la liberté et la sincérité des élections, le caractère véritablement disputé des élections, l'indépendance des élus (le mandat représentatif national), la liberté d'expression, la liberté d'association et de réunion, les divers visages de l'égalité – en particulier, l'égalité hommes/femmes –, en d'autres termes, tout ce qui est nécessaire pour le fonctionnement correct d'une *société démocratique*, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, y compris même, peut-être, le financement public des partis politiques à l'occasion des campagnes électorales, etc.

Le terme de *libéralisme* suppose évidemment les notions de Constitution, de Déclaration et de garantie des droits, de contrôle de constitutionnalité des lois, de séparation (souple) des pouvoirs débouchant – autre trait commun aux pays européens – sur des régimes parlementaires rationalisés, d'indépendance du pouvoir judiciaire, de libertés publiques ou de droits fondamentaux, d'obligation pour les gouvernants de rendre compte de leur action (*accountability*), du régime des incompatibilités, etc. Peut-être peut-on aussi y rattacher le bicaméralisme et l'organisation territoriale de l'État, lorsque celle-ci exprime la volonté de *self-government*.

D'autres institutions et d'autres règles – en dehors même de la Constitution et de ses mécanismes – concourent concrètement au respect et au fonctionnement de la *démocratie* et du *libéralisme* dans les États européens :

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

ainsi en est-il, par exemple, de la complexe notion de l'*État de droit* (25) avec ses multiples déclinaisons : prééminence du droit, principe de légalité, principe de sécurité juridique, indépendance des tribunaux, etc. On les trouve non seulement dans les textes des constitutions, mais aussi dans des textes de valeur infraconstitutionnelle : lois, règlements, jurisprudence qui intéressent au sens large le domaine des *libertés publiques* ou des *droits fondamentaux*. On peut se demander si les règles relevant de la *simple morale sociale* font, elles aussi, partie du patrimoine constitutionnel européen (26) ?

Suffit-il de puiser dans les droits nationaux pour faire apparaître, de manière synthétique, que ceux-ci ont tous en commun ces deux dimensions patrimoniales européennes ? Ne convient-il pas aussi de se tourner, à l'instar de ce que la Cour de justice des Communautés européennes avait dit pour droit (27), vers les *instruments internationaux* souscrits par les États européens, sources internationales de ce patrimoine européen commun ?

B. – Les sources internationales du patrimoine constitutionnel européen

S'agissant des sources internationales (28) et européennes, on pense immédiatement à plusieurs textes, celui du Statut du Conseil de l'Europe, celui de la Convention européenne des droits de l'homme, celui du Traité sur l'Union et, enfin, celui de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

---

(25) La Commission, dans sa communication au Parlement européen et au Conseil du 11 avril 2014 (voy. *infra*, note 42) indique : « L'État de droit est la clé de voûte de toute démocratie constitutionnelle moderne. Il s'agit de l'un des principes fondateurs découlant des traditions constitutionnelles communes à tous les États membres de l'UE et, en tant que tel, de l'une des valeurs premières sur lesquelles repose l'Union ».

(26) P. ex., les ministres allemands de la Défense, Karl-Theodor von und zu Guttemberg, et de l'Éducation, Annette Schavan, ont démissionné, respectivement en 2011 et 2013, pour cause de plagiat avéré dans leurs thèses de doctorat. De même, le président de la Hongrie a, lui aussi, démissionné en 2012, après avoir été convaincu de plagiat pour l'obtention de son titre de docteur. À cette occasion, M. Pal Schmitt a déclaré : « Puisque selon la Constitution, la personne du président doit représenter l'unité de la nation hongroise, et que ma personne est malheureusement devenue synonyme de division, je sens que mon devoir est d'abandonner mon poste. Je sens que mon devoir est [...] de rendre mon mandat de président. » Il semble qu'il s'agit plus ici de la mise en œuvre d'une obligation morale que de celle d'une obligation constitutionnelle, en dépit de la référence faite à la Constitution... De ces précédents, peut-on déduire l'existence d'une règle générale, d'une coutume, relevant du « patrimoine constitutionnel européen » ? Serait-elle applicable à d'autres pays que l'Allemagne et la Hongrie, comme à la Roumanie, dont le Premier ministre, M. Victor Ponta, toujours en fonction, a été convaincu de plagiat dans la rédaction de sa thèse de doctorat en droit, soutenue, en 2003, devant la Faculté de droit de l'Université de Bucarest, et publiée ensuite ?

(27) « [...] que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire », C.J.C.E., 14 mai 1974, *Nold*, aff. C-4/73, *Rec.*, p. 491.

(28) Le Pacte international sur les droits civils et politiques, ou le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, tous deux de 1966, seront laissés à l'écart.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

1. – Le Conseil de l'Europe et la Convention européenne des droits de l'homme

Presque tous les États du continent européen, notion qu'il faut entendre largement, sont membres du Conseil de l'Europe, dont les vingt-huit États membres de l'Union européenne. Chacune de ces organisations présente des conditions d'adhésion que les États membres ont dû satisfaire et qui renvoient à des principes assez semblables, dont l'énoncé peut constituer un patrimoine constitutionnel commun. Ces textes énoncent aussi un ensemble de valeurs et de principes de caractère « constitutionnel », en ce sens qu'ils intéressent l'organisation de l'État (« la séparation des pouvoirs » au sens de l'art. XVI de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*) et les droits des citoyens (la « garantie des droits », au sens de ce même art. XVI).

Toutefois, l'article 1er du *Statut du Conseil de l'Europe*, dans son alinéa a) (29), évoque expressément « les idéaux et les principes communs qui sont le *patrimoine commun* [des États membres] », mais ne les précise pas.

La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, dans son préambule, évoque le *patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques*, sans en détailler les éléments (30).

Ce « patrimoine européen commun », présent dans les dispositions liminaires de ces traités, semble davantage être un hommage rituel et général que recouvrir un contenu précis.

Cependant, l'article 3 du protocole no 1 (Droit à des élections libres) précise un élément important de ce patrimoine : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections

(29) Art. 3 du Traité du 5 mai 1949 instituant le Conseil de l'Europe :
« Tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'engage à collaborer sincèrement et activement à la poursuite du but défini au chapitre Ier. »
Art. 1er du Statut du Conseil de l'Europe :
« a.- Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur *patrimoine commun* et de favoriser leur progrès économique et social. [Italiques ajoutés.]
b.- Ce but sera poursuivi au moyen des organes du Conseil, par l'examen des questions d'intérêt commun, par la conclusion d'accords et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif, ainsi que par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

(30) « Réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament ; Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un *patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques*, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle […]. » (Italiques ajoutés.)

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. »

La Commission de Venise – fondée en 1990 – est l'outil technique que le Conseil de l'Europe met au service de ses États membres, sur leur demande et en cas de révision de leurs constitutions, pour une assistance constitutionnelle. Comme il est dit sur son site : « la Commission a joué un rôle essentiel dans l'adoption de constitutions conformes aux standards du patrimoine constitutionnel européen ». Ses avis, ses publications, ses recommandations développent les thématiques du constitutionnalisme européen et sa base de données CODICES rassemble les jurisprudences constitutionnelles pertinentes (31). Il y a là un véritable creuset d'expériences concrètes, un réseau de relations entre acteurs constitutionnels qui, en s'additionnant, ont fait émerger des constantes confirmant l'existence d'un « patrimoine constitutionnel » commun à l'Europe.

2. – Le droit de l'Union européenne

Le Traité sur l'Union européenne comporte des dispositions analogues (32), mais n'évoque pas expressément un patrimoine commun de nature constitutionnelle (33). C'est la jurisprudence de la Cour de justice qui, dans une affaire 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft m.b.H.*, a commencé à mentionner ce patrimoine constitutionnel européen en renvoyant, à propos des droits fondamentaux, aux *traditions constitutionnelles communes aux États* membres :

> « 2. Le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect. La sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des *traditions constitutionnelles communes aux États membres*, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté » (34).

(31) http://www.venice.coe.int.

(32) Art. 2 TUE, qui est examiné *infra*. À cette disposition, il convient d'ajouter l'art. 49 TUE :
« Tout État européen qui respecte les *valeurs visées à l'article 2* et s'engage à les promouvoir peut demander à devenir membre de l'Union. Le Parlement européen et les parlements nationaux sont informés de cette demande. L'État demandeur adresse sa demande au Conseil, lequel se prononce à l'unanimité après avoir consulté la Commission et après approbation du Parlement européen qui se prononce à la majorité des membres qui le composent. Les *critères d'éligibilité* approuvés par le Conseil européen sont pris en compte.
Les conditions de l'admission et les adaptations que cette admission entraîne en ce qui concerne les traités sur lesquels est fondée l'Union, font l'objet d'un accord entre les États membres et l'État demandeur. Ledit accord est soumis à la ratification par tous les États contractants, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. » (Italiques ajoutés.)

(33) Voy. aussi l'art. 6, § 3, TUE : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des *traditions constitutionnelles communes aux États membres*, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. » (Italiques ajoutés.)

(34) Arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft m.b.H. c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. C-11/70, *Rec., p. 1125 (italiques ajoutés).*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Les traditions constitutionnelles communes aux États membres deviennent ainsi le vivier dans lequel le juge de l'Union puisera pour établir l'existence d'un droit fondamental, qu'il érigera en principe général du droit de l'Union, et que les actes des institutions devront respecter sous son contrôle.

Ce premier mouvement jurisprudentiel sera par la suite repris par les auteurs des traités comme en témoigne l'article 2 du traité sur l'Union européenne :

> « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. *Ces valeurs sont communes aux États membres* dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes » (italiques ajoutés).

Il y a dans ce texte une mention indirecte du « patrimoine constitutionnel européen » – défini comme un ensemble de valeurs communes aux États membres et, devenant en cela, les valeurs de l'Union – dont les principales sont ici énumérées dans une formulation synthétique qui condense l'essentiel de ce « patrimoine constitutionnel européen ». On notera la forte présence du principe d'égalité, mentionné au moins trois fois dans ce texte – signe des temps…

Le Traité sur l'Union européenne comporte par ailleurs un titre II consacré au *principe démocratique* (au pluriel), qui en développe les conséquences pour l'Union et ses institutions, et qui justifie le rôle dévolu aux parlements nationaux en tant que gardiens du principe de subsidiarité. L'inclusion de ce principe au niveau du droit originaire de l'Union témoigne de l'ampleur du « patrimoine constitutionnel européen » qui englobe non seulement les constitutions nationales des États membres, mais aussi les instruments internationaux européens issus de la volonté de leurs pouvoirs constituants.

La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* doit être aussi mentionnée comme révélatrice de la volonté des États membres de se doter, à l'instar des États, d'une « déclaration des droits » qui lui soit propre, ce qui permettra à l'Union – conformément à l'obligation qui lui est faite par l'article 6, paragraphe 2, TUE – d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi peut-on penser que ce « patrimoine constitutionnel européen » s'exprime à travers plusieurs canaux, mêlant les priorités que chaque constituant national affirme dans son texte constitutionnel national à leurs convictions communes, transposées dans les traités internationaux qui les lient.

III. – Patrimoine européen, patrimoine occidental ou patrimoine universel ?

Les valeurs qui composent le patrimoine constitutionnel européen sont-elles spécifiquement, et exclusivement, européennes ou sont-elles aussi

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

communes à des États situés sur le continent américain (États-Unis, Canada, Amérique du Sud), voire au-delà (Australie, Nouvelle-Zélande) qui forment, avec l'Europe, ce qu'il est convenu d'appeler le *monde occidental* ? Au-delà, ce patrimoine constitutionnel ne contient-il pas des éléments sinon universels, du moins, universalisables ?

A. À l'évidence, d'autres États que les États européens connaissent et mettent en pratique les valeurs qui composent le « patrimoine constitutionnel européen ». C'est le cas, peut-on penser, des États-Unis d'Amérique et du Canada – mais aussi de l'Australie ou de la Nouvelle-Zélande, sans compter les pays d'Amérique latine – dont les constitutions et les institutions politiques dérivent, quelle que soit leur originalité, d'une réflexion politique qui a trouvé sa source en Europe. Il ne me semble pas y avoir de différence substantielle majeure (35) entre les valeurs et les principes proclamés de ce constitutionnalisme d'Amérique et du Pacifique et ceux du constitutionnalisme européen. Tout au plus pourrait-on relever que ni les États-Unis, ni le Canada, ni l'Australie, ni la Nouvelle-Zélande ne se sont soumis – à la différence des États membres du Conseil de l'Europe et de ceux de l'Union européenne – à des instruments internationaux permettant une vérification juridictionnelle du respect des droits fondamentaux dans leur ordre interne.

B. Aujourd'hui, les paradigmes de la Constitution, de la démocratie et de la protection des droits de l'homme figurent dans les textes constitutionnels de pratiquement tous les États du monde, sous une forme ou une autre. Bien entendu, ces paradigmes ne sont ni partout ni toujours effectifs. Ils n'en forment pas moins une sorte de *fonds commun*, universel ou universalisable, dont la plupart des États affichent au moins l'intention de les réaliser. Sans doute, l'identité des mots utilisés dans les textes constitutionnels des États ne doit-elle pas dissimuler les profondes différences qui peuvent exister entre les divers signifiés d'un même signifiant. Et l'existence même d'une référence aussi généralement et généreusement partagée peut aussi n'être que l'hommage que le vice rend à la vertu…

Cependant, les racines historiques et culturelles de ces valeurs si largement partagées sont incontestablement européennes, comme le reconnaît d'ailleurs le préambule du Traité sur l'Union européenne, tel qu'il résulte du Traité de Lisbonne, en indiquant :

> « […] s'inspirant des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe, à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit ; […] ».

Quelle pourrait alors être la spécificité de ce patrimoine constitutionnel européen ? Sa première spécificité pourrait précisément être celle d'être à l'origine historique d'un ensemble de notions, liées les unes aux autres, installées aujourd'hui, mais selon des rythmes différents, dans pratiquement

(35) Sauf, sans doute, la question de la peine de mort qui continue à justifier la solution de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, le 7 juillet 1989, dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

tous les États de l'aire européenne, et ayant diffusé bien au-delà. La question des origines de ce patrimoine fait écho à la question – controversée – de la place de l'influence chrétienne sur les valeurs européennes, qui ne sera pas abordée ici.

Il y aurait lieu, aussi, d'examiner la manière dont les notions clés de ce patrimoine ont circulé de pays à pays, en se transformant au passage, pour aboutir à faire converger les droits constitutionnels nationaux de manière à constituer ce « patrimoine commun » par une sorte de sédimentation, mais l'enquête déborderait largement le cadre de cette contribution (36).

Mais la question reste entière de savoir en quoi ce « patrimoine constitutionnel » est « européen » et en quoi donc il se différencie d'autres patrimoines constitutionnels ?

Il me semble que l'on peut avancer l'idée que le patrimoine constitutionnel européen est spécifique – et se distingue ainsi des autres – parce qu'il fait l'objet d'une garantie internationale, grâce à des dispositifs juridictionnels (37) et institutionnels acceptés par les États fondateurs des deux organisations européennes considérées : Conseil de l'Europe et Union européenne. Mais, surtout, ce qui caractérise ces dispositifs de garantie, c'est leur effectivité.

Le mécanisme juridictionnel établi par la CEDH peut aboutir à constater des violations des droits fondamentaux par les États parties, constats assortis, le cas échéant, de l'octroi d'une « satisfaction équitable » accordée à la victime de la violation, et, surtout, impliquant que les États en cause tirent les conséquences de l'arrêt de la Cour constatant une violation de la Convention et revoient par conséquent leur droit national afin d'effacer les contradictions qu'il pourrait présenter avec la CEDH. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a peu à peu précisé les contours de la « société démocratique », cadre de l'exercice des droits reconnus par la Convention et de leurs limitations éventuelles par les États parties, mais

(36) Ce qu'il est convenu d'appeler le « dialogue des juges » – expression proposée par B. Genevois, à l'époque commissaire du gouvernement (on dira aujourd'hui « rapporteur public ») dans ses conclusions sous l'arrêt du C.E. du 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Sieur Cohn-Bendit*, *Rec.*, p. 524 – est certainement l'un des vecteurs les plus développés de cette circulation des concepts et institutions juridiques dans l'espace européen. Parmi une vaste bibliographie, on pourra lire C. Grewe, « La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009. Voy. aussi le numéro spécial des *Petites Affiches*, n° 112, du 4 juin 2008 et, en particulier, l'article de B. Genevois, « L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux, », *loc. cit.*, p. 15. Le rôle du droit comparé dans l'analyse des multiples visages de la circulation juridique (emprunts, greffe, imitation, etc.) est évidemment essentiel : lire l'intéressante réflexion de F. Van Der Mensbrugghe, « Le droit comparé comme source du droit ? », in I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), *Les Sources du droit revisitées*, vol. 3 « Normativités concurrentes », Bruxelles-Limal, Anthemis-Université Saint-Louis, 2012, p. 255.

(37) Certes, on pourra objecter à juste titre que les États parties à la Convention interaméricaine des droits de l'homme acceptent, eux aussi, ce type de contrôle…

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

aussi élément incontestable du « patrimoine constitutionnel européen ». On n'y reviendra pas dans le cadre de cette contribution (38).

Le droit de l'Union européenne connaît deux types de dispositifs permettant de vérifier le respect par ses institutions et ses États membres des éléments du « patrimoine constitutionnel européen ». C'est d'abord la jurisprudence de la Cour qui, en premier lieu par le truchement des « principes généraux du droit » et, ensuite, en application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, peut vérifier si les institutions de l'Union respectent bien ce qu'il est convenu d'appeler les droits fondamentaux, partie conséquente du « patrimoine constitutionnel européen ». Il faut ici rappeler l'existence du recours en constatation de manquement d'État, prévu à l'article 258 TFUE, qui a déjà permis de pallier certains manquements relatifs, notamment, au non-respect de certains éléments de l'État de droit par un État membre, constituant également une violation d'une obligation imposée par le droit de l'Union.

Mais le droit de l'Union connaît aussi un autre dispositif qui permet de vérifier l'existence d'une menace, voire d'une atteinte grave et persistante aux principes de l'article 2 TUE, et, éventuellement, de sanctionner des États membres qui commettraient une violation des valeurs fondamentales de l'Union européenne, dispositif établi par l'article 7 TUE (39). Comme le

(38) Lire, pour une synthèse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette notion clé, F. Sudre, « L'interprétation dynamique de la Convention européenne des droits de l'homme », in Colloque du Sénat, *L'office du juge*, 29 et 30 septembre 2006, p. 224, spéc. p. 229. (disponible sur : http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf).

(39) Art. 7 TUE :
« 1. Sur proposition motivée d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission européenne, le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après approbation du Parlement européen, peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2. Avant de procéder à cette constatation, le Conseil entend l'État membre en question et peut lui adresser des recommandations, en statuant selon la même procédure.
Le Conseil vérifie régulièrement si les motifs qui ont conduit à une telle constatation restent valables.
2. Le Conseil européen, statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission européenne et après approbation du Parlement européen, peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2, après avoir invité cet État membre à présenter toute observation en la matière.
3. Lorsque la constatation visée au paragraphe 2 a été faite, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider de suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil. Ce faisant, le Conseil tient compte des conséquences éventuelles d'une telle suspension sur les droits et obligations des personnes physiques et morales.
Les obligations qui incombent à l'État membre en question au titre des traités restent, en tout état de cause, contraignantes pour cet État.
4. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider par la suite de modifier les mesures qu'il a prises au titre du paragraphe 3 ou d'y mettre fin pour répondre à des changements de la situation qui l'a conduit à imposer ces mesures.
5. Les modalités de vote qui, aux fins du présent article, s'appliquent au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil sont fixées à l'article 354 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

montre le cas de la Hongrie (40), le dispositif mis en place par cet article semble lourd à actionner et relativement peu efficace. Le rapport Tavares sur la situation des droits fondamentaux en Hongrie (41) et la vive discussion qu'il a suscitée au Parlement européen ont conduit la Commission à proposer de revoir cette procédure afin d'en accroître l'efficacité (42).

La communication part du constat que « […] l'État de droit est l'un des principes fondateurs de l'Union découlant des traditions constitutionnelles communes à tous les membres de l'UE […] » (43). En fonction de ce point de départ, qui évoque bien l'idée du « patrimoine constitutionnel européen » comme dénominateur commun des traditions constitutionnelles nationales, la communication de la Commission propose un dispositif complémentaire à celui établi par l'article 7 TUE, dans le souci de prévenir, plus efficacement, les risques de survenance d'une violation grave et continue des valeurs de l'article 2 TUE, qui sont autant de principes de ce « patrimoine constitutionnel européen ».

Le nouveau cadre proposé développe deux idées centrales, qui montrent, *a contrario*, les faiblesses du dispositif de l'article 7 TUE : 1° la prévention est préférable à la sanction ; 2° tous les États membres doivent être traités sur un pied d'égalité.

> « Le cadre a pour objectif de permettre à la Commission de trouver une solution avec l'État membre concerné, afin d'y empêcher l'apparition d'une menace systémique envers l'[É]tat de droit qui pourrait se transformer en un "risque clair de violation grave" au sens de l'article 7 du TUE, nécessitant le déclenchement des mécanismes prévus audit article.

(40) L'appartenance à l'Union européenne place l'État membre sous un mécanisme de surveillance en ce qui concerne l'observance des valeurs de l'Union, mécanisme qui se déroule selon les conditions prévues à l'art. 7 TUE. Ce mécanisme ne semble toutefois pas entièrement satisfaisant, comme le montre le cas de la Hongrie. Voy. la partie I du n° 2013/3 de la *R.A.E.*, intitulée « Le droit constitutionnel national aux prises avec le droit européen : l'exemple de la Hongrie », sous la dir. de F. Berrod, F. Martucci et D. Ritleng, pp. 441-519. Nous ne pouvons pas ici entrer dans la discussion détaillée de ce cas qui pose, notamment, la question de savoir si le soutien populaire clairement exprimé des électeurs suffit à valider et à légitimer des réformes constitutionnelles contestables, par ailleurs, quant à leur conformité au « patrimoine constitutionnel européen ». Voy. spéc. la contribution de P. Bard, « Hungary's Fundamental Law and related constitutional changes 2010-2013. Test case and trigger for a true European Political Union », *ibid.*, p. 457.

(41) Adopté le 3 juillet 2013 par le Parlement européen, par 370 voix pour et 249 contre. Cette majorité, pour importante qu'elle ait été, ne correspond cependant pas aux exigences de l'art. 7 TUE, qui requiert, selon l'art. 354 TFUE auquel il renvoie, que le Parlement européen statue à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés, représentant la majorité des membres qui le composent.

(42) Voy. la récente communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, et ses annexes : « Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit », Strasbourg, le 11 mars 2014, *COM*(2014) 158 final.

(43) *Ibid.*, p. 2. L'annexe jointe à la communication précise que, « […] même s'il n'a pas de définition précise ni exhaustive dans les constitutions et la jurisprudence nationales, et s'il n'est pas toujours clairement et uniformément codifié dans les constitutions écrites, l'État de droit constitue un dénominateur commun dans les traditions constitutionnelles modernes des pays européens ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

> Afin de garantir l'égalité entre les États membres, le cadre s'appliquera de la même manière à tous et fonctionnera selon les mêmes critères pour déterminer ce qu'il convient de considérer comme une menace systémique envers l'État de droit » (44).

Anticiper est le maître mot : dans le libellé de l'article 7 TUE, on était déjà passé du constat d'une violation à un risque de violation ; désormais, il s'agira « d'empêcher l'apparition d'une menace systémique (45) envers l'État de droit ». Pour ce faire, la communication propose que la Commission soit investie, en sa qualité de « gardienne des traités », d'un *pouvoir d'évaluation* portant sur la situation dans tout État membre, à l'aide des renseignements fournis par le Conseil de l'Europe et par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, ce qui constitue une synergie institutionnelle et organisationnelle positive. Ce pouvoir d'évaluation s'exerce dans le cadre d'un *dialogue constant et confidentiel* avec l'État membre concerné, celui-ci étant tenu de répondre et de ne pas prendre des mesures irréversibles, en vertu du principe de coopération loyale. Si cette évaluation permet de craindre la réalité d'une telle menace, la Commission pourra émettre à l'égard de l'État en cause un avis sur l'État de droit, en donnant à cet État la possibilité d'y répondre. Si les choses ne s'amélioraient pas,

> « […] la Commission adressera à l'État membre concerné une "recommandation sur l'[É]tat de droit", si elle constate qu'il existe des éléments objectifs indiquant l'existence d'une menace systémique et que les autorités de l'État membre ne prennent pas les mesures appropriées pour y remédier » (46).

Les éléments de la recommandation sont rendus publics, et il appartiendra à la Commission de veiller à son *suivi*, en tenant informés le Parlement européen et le Conseil de l'évolution de la situation, suivi pour lequel elle pourra s'appuyer sur tous les réseaux et organismes européens (47) susceptibles de lui fournir leur expertise.

Ce nouveau cadre proposé a l'avantage de pouvoir être mis en place « à droit constant », sans exiger au préalable une révision des traités originaires, celle-ci n'étant toutefois pas exclue « […] dans le cadre de la réflexion plus large sur l'avenir de l'Europe » (48). Reste à voir le sort que les États membres feront à cette communication de la Commission. La généralité du mécanisme envisagé, le fait qu'il concernera tous les États membres devraient

(44) *Ibid.*, pt 4, p. 7.

(45) Selon la communication, la notion de « menace systémique » est équivalente à celle de « menace structurelle ». Il faut distinguer ces menaces des violations « ordinaires » de l'État de droit, qui se trouvent généralement canalisées par des procédures juridictionnelles nationales, voire internationales.

(46) Pt 4. 2, p. 8, de la communication.

(47) La communication cite, p. 10 : « […] les membres des réseaux judiciaires existant dans l'UE, tels que le Réseau des présidents des Cours suprêmes de l'UE, l'Association des Conseils d'État et des Juridictions administratives suprêmes de l'UE ou encore les conseils de la justice. […] En règle générale et lorsque cela est approprié, la Commission demandera l'avis du Conseil de l'Europe et/ou de sa Commission de Venise et elle effectuera son analyse en coordination avec ces instances dans tous les cas où la question est également en cours d'examen et d'analyse auprès d'elles ».

(48) Pt 7, p. 10, de la communication.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

au moins lever les suspicions des États qui sont soumis à des procédures particulières (49), ne concernant qu'eux.

Comment conclure cet examen de la notion de « patrimoine constitutionnel européen » ? En avançant deux remarques finales. La première concerne la signification de l'adhésion à l'Union européenne pour les peuples des États membres : en gommant les symboles « constitutionnels » du droit originaire, par le Traité de Lisbonne, les gouvernements de ces mêmes États membres se sont privés de permettre aux citoyens européens de réaliser que l'appartenance à l'Union n'était pas simplement l'appartenance à un grand marché régi par la libre circulation et par la concurrence réglée. « Un *Zollverein* n'est pas une patrie ! » disait déjà Renan. Bâtir une solide communauté de destin entre peuples aussi divers exige non seulement leur adhésion à ce « patrimoine constitutionnel commun », mais aussi, et c'est la seconde remarque conclusive, que ces peuples et ces cultures se connaissent davantage, en s'ouvrant chacun à la culture et à l'histoire des autres. Vaste programme, dira-t-on ! Peut-être ! Mais ne sont-ce pas là les fondations indispensables pour donner plus de réalité à ce « patrimoine constitutionnel européen » ? De notion juridico-politique ambitieuse, la notion doit encore devenir réalité vécue et tangible pour les citoyens, aussi bien au niveau de chacune de leurs nations que sur le plan européen.

(49) Telles la Bulgarie et la Roumanie, objets du *Mécanisme de vérification et de coopération.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
À la recherche du « Patrimoine constitutionnel européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

LA COHÉRENCE DANS LE SYSTÈME EUROPÉEN DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

Delphine DERO-BUGNY

Professeur à l'Université Paris Descartes

L'exigence de cohérence se pose dans le cadre de tout ordre juridique. Elle prend une signification particulière dans l'ordre juridique de l'Union européenne caractérisé par la multiplicité de ses traités constitutifs, la diversité des structures organiques qui en sont issues et des politiques qui sont mises en œuvre. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, un principe de cohérence globale est consacré dans les dispositions du Traité sur l'Union européenne. L'importance de ce principe pour l'Union européenne ressort très clairement du manuel de droit institutionnel de l'Union européenne des professeurs Claude Blumann et Louis Dubouis qui procèdent à une analyse de ce principe au titre des principes inhérents à la nature spécifique de l'Union européenne (1).

La cohérence doit, en raison de la consécration de droits fondamentaux dans l'Union européenne, être aujourd'hui envisagée dans un cadre plus large que l'Union européenne, celui du système européen de protection des droits fondamentaux qui englobe à la fois le droit de l'Union et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, la consécration de droits fondamentaux au niveau de l'Union européenne par la Cour de justice et la reconnaissance par le Traité de Lisbonne de la même valeur que les traités à la Charte des droits fondamentaux de l'Union ont conduit à la mise en place d'un système européen de protection des droits fondamentaux au sein duquel coexistent deux cours (la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme) et deux textes fondamentaux (la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme) qui consacrent de nombreux droits identiques et qui s'imposent en partie aux mêmes États puisque vingt-huit des quarante-sept États parties à la Convention sont membres de l'Union européenne.

L'impératif de cohérence dans le cadre du système européen de protection des droits fondamentaux prend nécessairement une signification particulière. Tout d'abord, il ne doit pas être appréhendé dans une logique verticale propre à un ordre juridique intégré, mais dans une logique horizontale permettant d'assurer la coexistence de deux ordres juridiques distincts et autonomes, présentant chacun des spécificités. Il répond aussi à une

(1) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2013, p. 115.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

nécessité : éviter l'apparition d'un double standard de protection au niveau européen afin de préserver l'autorité du droit de l'Union européenne et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme dans les ordres juridiques nationaux.

En dehors de toute obligation juridique, cet impératif de cohérence s'est rapidement imposé aux juridictions européennes, et plus particulièrement à la Cour de justice de l'Union européenne, qui a été la première à mettre en place une cohérence dans l'interprétation des droits fondamentaux, en s'inspirant fortement de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne. Le Traité de Lisbonne a nécessairement conduit à renouveler la question de la cohérence au sein du système européen de protection des droits fondamentaux. La reconnaissance d'une valeur de droit primaire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, consacrant en grande partie les même droits que la Convention européenne, peut apparaître comme une source d'incohérences, puisqu'il existe aujourd'hui deux instruments de protection des droits fondamentaux au niveau européen dont l'interprétation relève de deux cours différentes. Certaines dispositions de la Charte visent cependant à assurer la cohérence entre ce texte et celui de la Convention européenne. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, prévue aussi par le Traité de Lisbonne, si elle devient un jour effective, conduira, quant à elle, nécessairement à renforcer cette cohérence, puisque l'Union européenne sera liée juridiquement par les dispositions de la Convention et soumise au contrôle externe de la Cour européenne des droits de l'homme (2).

La cohérence au sein du système européen de protection des droits fondamentaux a donc été mise en place initialement par les juridictions européennes (I). L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne conduit à s'interroger sur les conséquences de celui-ci sur cette cohérence. En effet, ce traité renforce-t-il ou altère-t-il la cohérence mise en place par les juridictions européennes (II) ?

I. – Une cohérence mise en place initialement par les juridictions européennes

La Cour de justice de l'Union européenne, à l'époque Cour de justice des Communautés européennes, a rapidement intégré la nécessité de mettre en place une certaine cohérence au sein du système européen de protection des droits fondamentaux (A). Le rôle de la Cour européenne dans ce domaine est plus limité (B).

(2) Cette adhésion est fortement remise en cause par l'avis 2/13 rendu par la Cour de justice le 18 décembre 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

A. – Le rôle prépondérant de la Cour de justice

La Cour de justice s'est inspirée de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence relative à la protection des droits fondamentaux et, à ce titre, a permis la mise en place d'une cohérence dans l'interprétation des droits fondamentaux au niveau européen (1). Ce souci de cohérence s'explique par le besoin de la Cour de justice de légitimer sa jurisprudence prétorienne dans le domaine des droits fondamentaux, mais aussi de préserver sa propre autorité et celle du droit de l'Union européenne (2).

1. – Manifestations de l'impératif de cohérence dans la jurisprudence de la Cour de justice

La Cour de justice, lorsqu'elle a commencé à dégager des principes généraux du droit dans le domaine des droits fondamentaux pour pallier la carence des traités communautaires et éviter la remise en cause du principe de primauté du droit communautaire, a vite compris que cette consécration ne pouvait se faire qu'en harmonie avec les droits fondamentaux déjà consacrés au niveau européen dans la Convention européenne des droits de l'homme. Elle s'est ainsi rapidement inspirée de ce texte, puis de ce texte tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, pour dégager les principes généraux du droit dans le domaine des droits fondamentaux. Elle a ainsi mentionné pour la première fois la Convention européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Rutili* rendu en 1975 (3) et a reconnu à ce texte une « signification particulière » (4) en 1989. La référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a été plus tardive (5), puisqu'il faut attendre le milieu des années 1990 pour que la Cour de justice cite des arrêts spécifiques de la Cour européenne des droits de l'homme et justifie ses solutions en partie par la jurisprudence de celle-ci. Cette démarche a été codifiée par le Traité de Maastricht qui a introduit l'article 6, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, en vertu duquel « les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ont ainsi été utilisées par la Cour de justice comme des sources indirectes des droits fondamentaux consacrés au sein de l'Union européenne. La Cour de justice s'est aussi référée directement de la Convention européenne telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de

(3) C.J.C.E., 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. C-36/75, *Rec.*, p. 1219, pt 32.

(4) C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoetchst c. Commission*, aff. jtes C-46/87 et C-227/88, *Rec.*, p. 2859, pt 13.

(5) Sur cette prise en compte tardive, voy. F. Picod, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in F. Sudre, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 289 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'homme, notamment pour interpréter certaines notions communes au droit de la Convention et au droit de l'Union (6). Par cette jurisprudence, elle a permis la mise en place d'une cohérence dans l'interprétation des droits fondamentaux au sein du système européen de protection des droits fondamentaux qui s'est concrétisée par un alignement de son interprétation des droits fondamentaux consacrés dans l'Union européenne sur celle dégagée par la Cour européenne à propos des droits équivalents de la Convention européenne. La prise en compte du droit de la Convention européenne a ainsi permis d'éviter les conflits de jurisprudences et la création d'un double standard au niveau européen. Les cas de divergences de jurisprudences sont ainsi restés très rares et se sont toujours traduits par un ralliement de la Cour de justice à l'interprétation de la Cour européenne (7).

Dans sa recherche de cohérence, la Cour de justice a cependant toujours veillé à sauvegarder une certaine autonomie dans l'interprétation du droit de l'Union européenne. Son choix initial d'incorporer la Convention européenne dans l'ordre juridique communautaire par la technique des principes généraux lui a permis ainsi de garder une certaine maîtrise dans l'interprétation des droits qu'elle dégageait. La Cour de justice a veillé aussi à adapter son interprétation des droits fondamentaux à la spécificité de l'ordre juridique de l'Union européenne. Ainsi, selon sa jurisprudence, les restrictions apportées à l'exercice des droits fondamentaux, qu'ils trouvent ou non leur fondement dans la Convention européenne des droits de l'homme, doivent être appréciées à la lumière des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union (8).

La recherche de cohérence de la Cour de justice ne s'est pas limitée à l'interprétation des droits fondamentaux. Elle s'est aussi rapidement manifestée dans les méthodes d'interprétation utilisées par la Cour de justice dans le domaine des droits fondamentaux. La Cour de justice, pour remplir son office de juge des droits fondamentaux, a, en effet, repris à son compte un certain nombre de méthodes développées par la Cour européenne des droits de l'homme. Elle s'est ainsi inspirée de la jurisprudence de la Cour

(6) C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. c. S. Cornwall County Council*, aff. C-13/94, *Rec.*, p. I-2143, spéc. pt 16 : la Cour de justice se réfère à l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'homme de la notion de transsexuel ; C.J.C.E., 28 mars 2000, *Krombachsp.*, aff. C-7/98, *Rec.*, p. I-1935, spéc. pt 39, sur l'interprétation de la notion de droit à être défendu ; C.J.C.E., 7 janvier 2004, *K.B.*, aff. C-117/01, *Rec.*, p. I-541, spéc. pts 33 et s., sur les droits des transsexuels ; C.J.C.E., 12 mai 2005, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et Agenzia regionale per lo sviluppo rurale*, aff. C-347/03, *Rec.*, p. I-3785, spéc. pts 120 et s., sur le droit de propriété.

(7) Un seul exemple de véritable divergence est généralement cité et concerne la possibilité d'étendre le droit à la protection de la vie privée prévu par l'art. 8 de la Convention européenne aux locaux commerciaux. La Cour de justice a fini par se rallier à l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H., *Chappell c. Royaume-Uni*, 30 mars 1989, req. n° 10461/83 ; C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoescht*, aff. C-46/87 et C-227/88, *Rec.*, p. 2859).

(8) Voy. not. arrêts du 11 juillet 1989, *Schräder HS Kraftfutter*, aff. C-265/87, *Rec.*, p. 2237, pt 15, ainsi que du 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, aff. C-154/04 et C-155/04, *Rec.*, p. I-6451, pt 126.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

européenne des droits de l'homme pour développer une interprétation évolutive dans le domaine des droits fondamentaux (9) ou encore pour opérer son contrôle sur les limitations aux droits fondamentaux (10). Elle a aussi reconnu, dans certains arrêts, des obligations positives à la charge des États membres (11).

L'impératif de cohérence est donc présent depuis l'origine dans la jurisprudence de la Cour de justice. Cette prise en compte se justifie par un besoin propre à la Cour de justice : celui de légitimer sa jurisprudence prétorienne dans le domaine des droits fondamentaux.

2. – Justifications de la prise en compte de l'impératif de cohérence

La cohérence dans l'interprétation des droits fondamentaux, mais aussi dans les méthodes d'interprétation, a été mise en place par la Cour de justice sur un fondement volontaire. En l'absence d'adhésion des Communautés, puis de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de justice n'a jamais été liée par ce texte et encore moins par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le contexte dans lequel ont été consacrés les droits fondamentaux au sein des Communautés européennes permet de mieux comprendre le besoin de cohérence de la Cour de justice. Les traités institutifs des Communautés européennes ne contenaient aucune référence aux droits fondamentaux. Cette absence, en raison de la prise de position de certaines cours constitutionnelles nationales, est très vite apparue comme de nature à remettre en cause le principe de primauté du droit communautaire. Afin de garantir la bonne application du droit communautaire, la Cour de justice a donc décidé de consacrer des droits fondamentaux en utilisant la technique des principes généraux du droit. Cette consécration s'est faite sans aucune habilitation des États membres et le recours à la Convention européenne des droits de l'homme – et, donc, la mise en place d'une cohérence entre les droits consacrés par ce texte et ceux dégagés par la Cour de justice – est alors apparu comme un moyen pour celle-ci de légitimer sa jurisprudence prétorienne à l'égard des États

(9) C.J.C.E., 17 avril 1986, *États néerlandais c. Ann Florence Reed*, aff. C-59/85, *Rec.*, p. 1283, spéc. pts 13 et s. ; C.J.C.E., 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West trains Ltd.*, aff. C-249/96, *Rec.*, p. I-621, spéc. pt 35. Voy. aussi TPI, 28 janvier 1999, *D. c. Conseil de l'Union européenne*, aff. T-264/97, *Rec.*, p. II-1, spéc. pt 28.

(10) La Cour de justice a repris dans certains arrêts les conditions posées dans la Convention européenne et dans la jurisprudence de la Cour européenne. La Cour de justice fait ainsi parfois référence à la notion de « société démocratique » spécifique à la Convention européenne. Voy., p. ex., C.J.C.E., 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. C-36/75, *Rec.*, p. 1219, pt 32 ; C.J.C.E., 28 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec.*, p. I-3689, pt 26 ; C.J.C.E., 13 décembre 2001, *Commission c. Michael Cwik*, aff. C-340/00-P, *Rec.*, p. I-10269, pt 18 ; C.J.U.E., 9 novembre 2010, *Volker und Markus Shecke GbR*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, *Rec.*, p. I-11063, pt 79 ; C.J.U.E., 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, aff. C-283/11, pt 52.

(11) Voy. not. C.J.C.E., 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, pts 52 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

membres qui étaient tous partie à la Convention européenne des droits de l'homme et adhéraient donc déjà aux droits consacrés dans ce texte.

La cohérence est aussi apparue à la Cour de justice comme un moyen de garantir son autorité et celle du droit de l'Union européenne dans les États membres. Ces derniers sont, en effet, à la fois soumis au droit de l'Union européenne et au droit de la Convention européenne des droits de l'homme et leurs juridictions doivent veiller au respect de ces deux droits puisqu'elles sont juges de droit commun de l'Union et juges de la Convention européenne des droits de l'homme. En refusant la création d'un double standard et, donc, en acceptant d'aligner son interprétation des droits fondamentaux consacrés en tant que principes généraux sur celle dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard des dispositions de la Convention, la Cour de justice a permis d'éviter de placer les autorités nationales et les juridictions nationales dans la position délicate consistant à devoir choisir entre l'application du droit de l'Union européenne et l'application du droit de la Convention européenne.

La cohérence a donc été utilisée par la Cour de justice pour garantir l'effectivité du droit de l'Union européenne et peut s'apparenter à un principe directeur de sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux. Cette préoccupation semble, en revanche, assez étrangère à la Cour européenne des droits de l'homme.

B. – Le rôle limité de la Cour européenne des droits de l'homme

Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme dans la mise en place d'une cohérence au sein du système européen de protection des droits fondamentaux est beaucoup plus limité que celui de la Cour de justice de l'Union. L'impératif de cohérence est ainsi peu présent dans la jurisprudence de la Cour européenne (1). La question se pose cependant de savoir si, par le biais de la jurisprudence *Bosphorus*, celle-ci ne s'est pas érigée en juge de la cohérence (2).

1. – Un impératif de cohérence peu présent dans la jurisprudence de la Cour européenne

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'intègre que très rarement l'impératif de cohérence. Selon Frédéric Sudre, l'articulation entre les deux instruments européens de protection des droits fondamentaux « n'est aucunement organisée, ni même [...] pensée » (12) par la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci, à la différence de la Cour de justice, n'a jamais vu dans le droit de l'Union et dans la jurisprudence de la Cour de justice un moyen de légitimer sa propre jurisprudence. Elle s'est

(12) F. Sudre, « La cohérence issue de la jurisprudence européenne des droits de l'homme. L'"équivalence" dans tous ses états », in C. Picheral et L. Coutron (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 45 et s., spéc. p. 45.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pourtant rapidement référée dans ses décisions au droit communautaire et à la jurisprudence de la Cour de justice. Elle a même mentionné la jurisprudence de la Cour de justice avant que celle-ci ne mentionne explicitement la sienne (13). Mais ces références restent beaucoup moins nombreuses que celles de la Cour de justice au droit de la Convention européenne et relèvent depuis l'origine plutôt d'une logique d'opportunité que d'une logique de cohérence. La référence au droit de l'Union européenne et à la jurisprudence de la Cour de justice est ainsi souvent utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme pour dégager un consensus au niveau européen pouvant justifier un revirement de jurisprudence ou une évolution de l'interprétation d'une disposition de la Convention européenne.

L'imbrication des deux systèmes, due essentiellement à la double appartenance des États membres à l'Union européenne au système de l'Union et au système de la Convention, a cependant obligé la Cour européenne à prendre en compte l'impératif de cohérence, notamment lorsqu'elle statue sur des affaires entrant dans le champ d'application du droit de l'Union européenne ou sur des affaires dans le cadre desquelles la Cour de justice a déjà été saisie par voie préjudicielle dans la procédure devant le juge national. L'impératif de cohérence se traduit alors par l'appréciation, par la Cour européenne, de l'affaire dont elle est saisie dans le cadre du contexte européen dans lequel elle s'insère. L'arrêt *Aristimuno Mendizabal* du 17 janvier 2006 (14) peut être cité à titre d'illustration. Dans cet arrêt, la Cour européenne, après avoir rappelé que le droit de la Convention ne garantit pas le droit d'une personne d'entrer ou de résider dans un État dont elle n'est pas ressortissante, admet qu'en l'espèce, une approche différente s'impose en raison de la qualité de ressortissante communautaire de la requérante. Elle décide d'interpréter l'article 8 de la Convention à la lumière du droit communautaire et de la jurisprudence de la Cour de justice. L'arrêt *Stec e.a. c. Royaume-Uni* constitue un autre exemple de la cohérence imposée à la Cour européenne des droits de l'homme par la double appartenance de certains États. En l'espèce, elle admet la conformité à l'article 14 de la Convention européenne combiné avec l'article 1er du protocole no 1 d'une différence de traitement des hommes et des femmes pour un régime légal de retraite en se fondant, notamment, sur l'arrêt *The Queen c. Secretary of State for Social Security* (15), rendu à titre préjudiciel par la Cour de justice dans le cadre de la procédure nationale, auquel elle reconnaît « une importance capitale » (16).

L'impératif de cohérence dans l'interprétation des droits fondamentaux est donc beaucoup moins présent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que dans la jurisprudence de la Cour de justice. Mais, par sa jurisprudence *Bosphorus*, la Cour européenne semble

(13) La Cour européenne des droits de l'homme s'est référée pour la première fois à la jurisprudence de la Cour de justice dans son arrêt *Marckx* du 13 juin 1979 (*GACEDH*, no 42).
(14) Req. no 51431/99.
(15) C.J.C.E., 7 juillet 1992, aff. C-9/91, *Rec.*, p. I-4297.
(16) Pt 58 de l'arrêt.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

s'être reconnu un rôle dans le contrôle de la cohérence mise en place au niveau de l'Union européenne.

2. – La Cour européenne, juge de la cohérence ?

Dans son arrêt *Bosphorus* du 30 juin 2005 (17), la Cour européenne des droits de l'homme s'est reconnue compétente pour contrôler indirectement la compatibilité du droit de l'Union européenne avec la Convention européenne des droits de l'homme à travers le contrôle qu'elle exerce sur les États membres de l'Union lorsqu'ils adoptent des mesures d'exécution du droit de l'Union européenne. Elle a cependant fortement encadré son contrôle au fond en posant une présomption d'équivalence de protection des droits fondamentaux entre le système communautaire et celui de la Convention européenne, cette présomption pouvant toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée s'il est avéré que la protection des droits garantis par la Convention est entachée d'une insuffisance manifeste. Le contrôle de l'équivalence de protection, découlant de l'arrêt *Bosphorus*, implique nécessairement, de la part de la Cour européenne des droits de l'homme, un contrôle de la cohérence entre la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et celle mise en place par la Convention. En effet, l'équivalence suppose la cohérence. L'arrêt *Bosphorus* a permis à la Cour européenne de reconnaître les efforts déployés par la Cour de justice pour mettre en place une cohérence dans l'interprétation des droits fondamentaux, puisque la présomption d'équivalence qu'elle dégage dans cet arrêt repose en grande partie sur le rôle joué par la Cour de justice qui a consacré des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit en se référant largement aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence de la Cour européenne. Mais, par cette jurisprudence, la Cour européenne fait peser une contrainte sur la Cour de justice : celle de veiller au maintien de la cohérence afin d'éviter le renversement de la présomption d'équivalence et le contrôle au fond de la Cour européenne sur le droit de l'Union européenne. Le contrôle de la Cour européenne de la cohérence mise en place au niveau de l'Union européenne apparaît cependant limité à un double titre. Dans son champ d'application, tout d'abord, puisqu'il ne peut porter que sur les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Dans son intensité ensuite puisque la Cour européenne ne pourra, sur le fondement de la jurisprudence *Bosphorus*, que sanctionner l'insuffisance manifeste de cohérence de la part de la Cour de justice et du droit de l'Union européenne, puisque la présomption d'équivalence ne peut être renversée que dans l'hypothèse d'une insuffisance manifeste de protection des droits garantis par la Convention.

Par leurs jurisprudences respectives, les deux cours européennes ont donc permis la mise en place d'une certaine cohérence au sein du système européen de protection des droits fondamentaux. Le Traité de Lisbonne

(17) Cour eur. D.H., arrêt *Bosphorus c. Irlande*, 30 juin 2005, req. nº 45036/98, spéc. pts 159 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

renouvelle cette question de cohérence, puisqu'il apparaît à la fois source de cohérences et d'incohérences.

II. – Une cohérence renforcée par le Traité de Lisbonne ?

Le Traité de Lisbonne a considérablement renforcé la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, mais ce renforcement n'implique pas nécessairement un maintien de la cohérence au sein du système européen de protection des droits fondamentaux. La reconnaissance de la même valeur juridique que les traités à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne introduit ainsi un risque d'incohérences dans ce système puisqu'il existe maintenant deux catalogues de droits fondamentaux au niveau européen et, donc, des possibilités d'interprétations contradictoires. Ce risque est cependant en partie neutralisé par certaines dispositions de la Charte (A). L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme prévue par le Traité de Lisbonne, mais fortement remise en cause par l'avis 2/13 rendu le 18 décembre 2014 par la Cour de justice, poursuit, quant à elle, explicitement un objectif de cohérence. Mais elle pourrait, elle aussi, conduire à l'introduction de nouvelles incohérences (B).

A. – La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

À première vue, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne semble de nature à altérer la cohérence au sein du système européen de protection des droits fondamentaux. Ce texte concurrence la Convention européenne des droits de l'homme et limite le besoin de cohérence de la Cour de justice et la nécessité pour elle de prendre en compte la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne (1). Certaines dispositions de la Charte conduisent cependant à une institutionnalisation implicite de l'impératif de cohérence au sein du système européen de protection des droits fondamentaux (2).

1. – Une limitation du besoin de cohérence de la Cour de justice

La reconnaissance par le Traité de Lisbonne d'une valeur contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a conduit à la mise en place de deux instruments de protection des droits fondamentaux au niveau européen qui consacrent un grand nombre de droits identiques et qui ont vocation à s'appliquer en partie aux mêmes États, puisque les vingt-huit États membres de l'Union européenne sont aussi partie à la Convention européenne des droits de l'homme. Cette coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux dont le respect est assuré par deux cours différentes apparaît, en l'absence d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, comme une source de complexité et d'insécurité juridique pour les justiciables des États membres et les autorités

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

et juridictions nationales de ces États. Elle introduit, en effet, un risque de divergences d'interprétations entre les deux cours européennes qui, s'il se concrétise, placera nécessairement les juridictions nationales dans la position inconfortable de devoir choisir entre l'application du droit de l'Union européenne ou l'application du droit de la Convention européenne.

À ce risque d'incohérence normative engendré par la multiplication des sources des droits fondamentaux en Europe s'ajoute une atténuation du besoin de cohérence de la Cour de justice dans sa jurisprudence relative aux droits fondamentaux. Comme cela a été vu précédemment, la Cour de justice s'est servie de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour de justice pour légitimer sa jurisprudence prétorienne dans le domaine des droits fondamentaux. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, ces références n'apparaissent plus nécessaires, puisque la Cour de justice n'a plus besoin de se référer aux principes généraux du droit, mais peut se fonder directement sur les dispositions de la Charte des droits fondamentaux. À ce titre, la Charte des droits fondamentaux apparaît comme un moyen pour la Cour de justice de s'émanciper de la Convention européenne des droits de l'homme, puisqu'elle dispose de son texte interne de protection des droits fondamentaux qui lui permet d'acquérir une certaine autonomie dans ce domaine.

La jurisprudence rendue par la Cour de justice depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne témoigne de ce besoin d'émancipation. La Cour de justice continue de se référer à la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais les références sont moins nombreuses et, lorsqu'elles sont présentes, elles révèlent la place secondaire qui est aujourd'hui accordée à la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de justice. La volonté de la Cour de justice de privilégier la source interne (le droit de l'Union) par rapport à la source externe (le droit de la Convention européenne) dans sa jurisprudence relative aux droits fondamentaux s'illustre de plusieurs manières. Dans certains arrêts, la Cour de justice n'hésite pas à supprimer purement et simplement la référence à la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et fait le choix de se fonder uniquement sur sa jurisprudence en mentionnant ses propres arrêts qui, pourtant, mentionnaient eux-mêmes la Convention européenne et la jurisprudence de la Cour européenne (18). La volonté d'émancipation de la Cour de justice se traduit aussi par la reformulation des questions préjudicielles posées par les juridictions nationales et par le choix de la Cour de justice de ne statuer qu'au regard de la Charte alors que la Convention était explicitement mentionnée dans le cadre de la question posée dans la juridiction de renvoi (19). Même dans les arrêts où elle

(18) C.J.U.E., 5 mai 2011, *Deutsche Telekom AG c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-543/09, *Rec.*, p. I-3486, spéc. pt 21.

(19) Voy., en ce sens, C.J.U.E., 8 décembre 2011, *Chalkor c. Commission*, aff. C-386/10 P, *Rec.*, p. 13090, pt 51 ; C.J.U.E., 29 janvier 2013, *Ciprian Vasile Radu*, aff. C-396/11, pt 32.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

continue de mentionner la Convention européenne des droits de l'homme, cette volonté d'émancipation transparaît et se manifeste par l'importance secondaire qui est aujourd'hui accordée par la Cour de justice à ce texte, la Cour prenant le soin de ne le citer qu'après avoir mentionné les dispositions équivalentes de la Charte des droits fondamentaux (20). La référence à la Convention européenne tend même à disparaître dans les rares arrêts où la Cour de justice fait encore application de principes généraux du droit (21).

L'émancipation de la Cour de justice à l'égard de la Convention européenne et de la jurisprudence de la Cour européenne qui peut être constatée depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ne semble cependant pas remettre en cause la volonté de celle-ci de maintenir une cohérence dans l'interprétation des droits fondamentaux. La Cour de justice continue de s'aligner sur l'interprétation de la Cour européenne, mais elle le fait maintenant plutôt de manière implicite sans se référer explicitement à la Convention européenne et à la jurisprudence de la Cour européenne. Cette attitude est très visible dans les arrêts où la Cour de justice choisit de fonder uniquement sa solution sur sa jurisprudence antérieure qui, pourtant, faisait elle-même référence à la Convention européenne et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans l'arrêt *Deutsche Telekom A.G. c. Bundesrepublik Deutschland* (22), la Cour de justice se réfère uniquement à son arrêt *Volker und Markus Schecke GbR c. Land Hessen* (23) pour déterminer la portée du droit à la protection des données à caractère personnel, découlant de l'article 8 de la Charte, alors que dans cet arrêt elle s'était fondée de manière explicite sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et avait reconnu que les limitations

---

Cette volonté d'autonomie transparaît aussi dans certains recours en annulation : voy. not. C.J.U.E., 3 octobre 2013, aff. C-583/11P, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a., Parlement européen, Conseil de l'Union européenne, Royaume des Pays-Bas, Commission européenne* : dans cet arrêt, les requérants soulèvent la violation de l'art. 47 de la Charte des droits fondamentaux et des art. 6 et 13 de la Convention européenne et la Cour ne statue qu'au regard de l'art. 47 de la charte (spéc. pts 86 et s.).

(20) À titre d'illustration, dans un arrêt du 12 mai 2011, la Cour de justice relève « que le prénom et le nom de famille d'une personne sont un élément constitutif de son identité et de sa vie privée, dont la protection est consacrée par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (C.J.U.E., 12 mai 2011, *Malgozata Runevic-Vardyn*, aff. C-391/09, *Rec.*, p. I-3818, pt 66. Voy. aussi C.J.U.E., 6 septembre 2011, *Aldo Patriciello*, aff. C-163/10, *Rec.*, p. I-7595, spéc. pt 31).

(21) Voy., à titre d'illustration, C.J.U.E., 28 juillet 2011, *Brahim Samba Diouf*, aff. C-69/10, *Rec.*, p. I-7175, spéc. pt 49 : dans cet arrêt, la Cour de justice se réfère au principe de protection juridictionnelle effective et explique que « ce principe constitue un principe général du droit de l'Union, qui est aujourd'hui exprimé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

(22) C.J.U.E., 5 mai 2011, aff. C-543/09, préc., spéc. pt 21.

(23) C.J.U.E., 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR c. Land Hessen*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, *Rec.*, p. I-11117. Sur cette idée et pour d'autres exemples jurisprudentiels, voy. C. Vial, « La méthode d'ajustement de la Cour de justice de l'Union européenne : quand indépendance rime avec équivalence », in C. Picheral et L. Coutron (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 93-111, spéc. pp. 107 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

susceptibles d'être légitimement apportées à ce droit correspondent à celles tolérées dans le cadre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le souci de cohérence, bien que moins visible, semble donc toujours au cœur de la jurisprudence de la Cour de justice. Il est aussi présent au sein des dispositions de la Charte qui conduisent à une institutionnalisation implicite de l'impératif de cohérence.

2. – Une institutionnalisation implicite de l'impératif de cohérence

Plusieurs dispositions contenues dans la Charte et dans les explications du présidium révèlent la volonté de ses auteurs d'assurer une cohérence entre ce texte et celui de la Convention européenne des droits de l'homme. Le préambule de la Charte reconnaît tout d'abord les liens étroits existant entre la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme. Il prévoit que « la présente Charte réaffirme [...] les droits qui résultent notamment [...] de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] ainsi que de la jurisprudence [...] de la Cour européenne des droits de l'homme ». Les explications du présidium sous les articles de la Charte, qui, en vertu de l'article 52, paragraphe 7, doivent être « dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres », font souvent référence aux dispositions de la Convention et parfois même à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Elles invitent ainsi à une cohérence entre l'interprétation des droits consacrés par la Charte et l'interprétation des droits consacrés dans la Convention européenne, puisqu'elles reconnaissent que tel droit consacré par la Charte correspond à tel droit consacré par la Convention (24).

Mais ce sont surtout les articles 52, paragraphe 3, et 53 de la Charte qui illustrent la prise en compte de l'impératif de cohérence au sein même de la Charte. L'article 53, qui prévoit qu'« aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont partie l'Union européenne, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres », semble faire peser une obligation de cohérence sur les autorités habilitées à interpréter la Charte et plus précisément sur la Cour de justice : celle de ne pas interpréter les dispositions de la Charte comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus par la Convention européenne. La Cour de justice a cependant interprété restrictivement cette disposition. Selon elle, l'article 53 de la Charte permet aux autorités et juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux ou internationaux de protection des droits

(24) Voy., p. ex., les explications sous les art. 4, 5, 6, 7, 10.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

fondamentaux « pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte telle qu'interprété par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union » (25). L'article 52, paragraphe 3, va encore plus loin dans l'obligation de cohérence. Il reconnaît que, « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». Cette disposition peut s'analyser comme une institutionnalisation de l'impératif de cohérence dans l'interprétation des droits, puisqu'elle impose à la Cour de justice, lorsqu'elle doit appliquer un droit de la Charte correspondant à un droit de la Convention européenne, de conférer audit droit le même sens et la même portée que celui consacré dans la Convention telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme (26). Une telle analyse est confortée par les explications du présidium sous cette disposition. En vertu de ces explications, l'article 52, paragraphe 3, de la Charte « vise à assurer la cohérence nécessaire entre la Charte et la CEDH, en posant la règle que dans la mesure où les droits de la présente charte correspondent également à des droits garantis dans la CEDH, leur sens et leur portée, y compris les limitations admises, sont les mêmes que ceux que prévoit la CEDH ». Cette disposition permet donc une articulation harmonieuse entre les deux catalogues européens de droits fondamentaux (27).

Cette obligation de cohérence comporte cependant certaines ambiguïtés et est limitée dans son champ d'application. Elle ne concerne que les droits de la Charte correspondant à des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Les explications du présidium sous l'article 52, paragraphe 3, permettent d'identifier ces droits correspondants, puisqu'elles dressent une liste des articles de la Charte dont le sens et la portée sont les mêmes que les articles correspondants de la Convention européenne et une liste des articles dont le sens est le même que les articles correspondants de la Convention européenne, mais dont la portée est plus étendue. Mais ces deux listes peuvent faire l'objet de critiques. En outre, la jurisprudence des juridictions de l'Union européenne révèle une volonté délibérée de celles-ci de ne pas se placer dans le champ d'application de cette disposition qui encadre leur pouvoir d'interprétation des dispositions de la

(25) Arrêt *Melloni* du 26 février 2013, aff. C-399/11, pt 60.

(26) Les explications du présidium sous l'art. 52 de la Charte précisent que « le sens et la portée des droits garantis sont déterminés non seulement par le texte de ces instruments, mais aussi par la jurisprudence [...] de la Cour européenne des droits de l'homme ».

(27) Voy., en ce sens, R. Tinière, « Le principe d'alignement sur le standard pour les droits conventionnels correspondants », in C. Picheral et L. Coutron (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 3 et s. spéc. p. 6. Voy. aussi M. Afroukh, « La notion de droits correspondants dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *R.A.E.*, 2011/4, pp. 765 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Charte. Cette volonté se manifeste essentiellement par le nombre limité d'arrêts qui font référence explicitement à l'article 52, paragraphe 3 (28).

La diminution des références à la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence de la Cour européenne depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et la faible utilisation de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par les juridictions de l'Union manifestent un besoin d'émancipation de celles-ci à l'égard de la Convention européenne. Le souci de cohérence semble cependant toujours présent dans la jurisprudence de la Cour de justice, puisque la reconnaissance d'une valeur contraignante à la Charte des droits fondamentaux n'a pas conduit à l'apparition de divergences de jurisprudences entre les deux cours européennes. Mais l'impératif de cohérence, en dépit de son institutionnalisation par l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, prend, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, une forme plus officieuse. Dans l'hypothèse d'une adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, l'impératif de cohérence devrait prendre une forme plus officielle pour la Cour de justice.

B. – L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, qui se justifie essentiellement par un objectif de cohérence, conduira, si elle devient effective, à la mise en place d'un contrôle externe de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'Union européenne dans le domaine des droits fondamentaux, (1). Mais cette adhésion pourrait conduire à de nouvelles incohérences (2).

1. – Un objectif de cohérence

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme conduira à l'intégration de cet accord dans l'ordre juridique de l'Union. Les institutions, organes et organismes de l'Union seront donc liés par les dispositions de la Convention européenne et la Cour de justice devra veiller au respect de la Convention par ces derniers, mais aussi par les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union européenne. L'Union européenne, comme les autres Hautes parties contractantes à la Convention européenne des droits de l'homme, se trouvera soumise au contrôle externe et subsidiaire de la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant du respect des dispositions de la Convention européenne. Ce contrôle permettra un renforcement de la cohérence dans l'interprétation des droits fondamentaux au sein du système européen de

(28) Voy., sur ce point, D. Dero-Bugny, « Le traité de Lisbonne : un bouleversement des rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ? », in J. Boudon (dir.), *Concurrence des contrôles et rivalités des juges*, Paris, Mare&Martin, 2012, pp. 133 et s., spéc. p. 140.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

protection des droits fondamentaux, puisqu'il limitera les risques de divergences de jurisprudences entre les deux cours européennes en donnant à la Cour européenne des droits de l'homme le pouvoir de dire le dernier mot s'agissant de l'interprétation des dispositions de la Convention européenne (29). La Cour de justice conservera cependant son autonomie dans l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et disposera encore d'une certaine marge de manœuvre dans l'interprétation de la Convention européenne, puisqu'elle deviendra un juge de droit commun de la Convention européenne. Ce pouvoir d'interprétation se fera cependant sous le contrôle indirect de la Cour européenne des droits de l'homme qui, même si elle ne constitue pas le seul interprète authentique de la Convention puisqu'elle partage ce pouvoir d'interprétation avec les juges des Hautes parties contractantes, doit être considérée comme l'interprète ultime de ce texte. La Cour européenne des droits de l'homme pourra, en effet, vérifier lors de recours dirigés contre l'Union ou contre les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union si l'interprétation retenue par la Cour de justice des droits fondamentaux, qu'ils trouvent leur fondement dans la Charte ou dans la Convention, est conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. Elle pourra condamner l'Union et/ou les États membres en cas d'interprétation non conforme.

En cas d'adhésion de l'Union à la Convention européenne, la cohérence mise en place au niveau de l'Union, notamment par la Cour de justice, ne pourra donc plus être considérée comme volontaire. Elle deviendra imposée par le principe de légalité. Cette adhésion pourrait cependant aussi introduire de nouvelles incohérences.

2. – Des risques d'incohérences

Si l'Union adhère à la Convention européenne des droits de l'homme, cet accord sera intégré au bloc de légalité dont la Cour de justice assure le respect. Ses dispositions pourront en principe faire l'objet d'un renvoi préjudiciel en interprétation devant la Cour de justice. En vertu de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la Cour de justice est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des actes pris par les institutions de l'Union. La Cour de justice a assimilé les accords internationaux conclus par l'Union européenne aux actes des institutions et s'est donc reconnue compétente pour interpréter, au titre du renvoi préjudiciel, les dispositions d'un accord liant l'Union européenne (30). Elle devrait donc normalement, sur le fondement de cette jurisprudence, se reconnaître compétente pour interpréter les dispositions de la Convention dans le cadre des arrêts qu'elle rendra sur renvoi préjudiciel. Cette situation pourra être source de nouvelles incohérences puisqu'elle pourra conduire la Cour de

(29) Voy., en ce sens, O. DE SCHUTTER, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », *CRIDHO Working paper*, 2005/7, p. 4.

(30) C.J.C.E., 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. C-181/73, *Rec.*, p. 449.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

justice à se substituer à la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant de l'interprétation de la Convention. En effet, les juridictions nationales, ne disposant pas de procédures équivalant au renvoi préjudiciel leur permettant d'interroger la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interprétation de la Convention européenne, pourront être tentées de se tourner vers la Cour de justice.

L'entrée en vigueur du projet de protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme (31) visant à permettre aux plus Hautes juridictions des parties contractantes d'adresser à la Cour européenne des droits de l'homme, dans le cadre d'une affaire pendante devant elles, des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principes relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles, devrait permettre d'éviter la saisine de la Cour de justice au profit de celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais la mise en œuvre de ce protocole pourra aussi conduire à certaines incohérences. En effet, que se passera-t-il si un juge national saisit en même temps la Cour de justice d'une question préjudicielle visant à l'interprétation d'une disposition de la Charte et la Cour européenne des droits de l'homme d'une demande d'avis sur l'interprétation de la disposition équivalente de la Convention et que les juridictions européennes rendent des décisions contradictoires quant à l'interprétation du droit invoqué dans le litige au national ?

Ces différentes interrogations illustrent certaines des difficultés qui pourraient survenir en cas d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans son avis 2/13 du 18 décembre 2014, la Cour de justice a constaté que le projet d'accord d'adhésion finalisé en 2013 contenait un certain nombre de dispositions incompatibles avec les traités relatifs à l'Union européenne. Les conséquences de cet avis sont pour l'instant difficiles à identifier. Mais certaines des prises de position de la Cour de justice (notamment à l'égard de la PESC) pourraient rendre difficile une renégociation du projet d'accord d'adhésion. S'agissant de l'impératif de cohérente, le raisonnement tenu par la Cour de justice dans cet avis démontre que cet impératif ne doit pas conduire à une remise en cause de la spécificité et de l'autonomie de l'Union européenne. La Cour de justice établit notamment que « l'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport aux droits des États membres ainsi que par rapport au droit international impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union (32) ». Même en cas l'adhésion, l'impératif de cohérence ne sera donc mis en œuvre par la Cour de justice que dans le respect de la spécificité de l'Union européenne.

(31) Ce protocole est un protocole additionnel qui ne sera appliqué que dans les pays signataires. Il a été ouvert à signature le 2 octobre 2013 et n'entrera en vigueur que lorsqu'il aura été ratifié par dix Hautes parties contractantes. Au 25 juin 2014, treize États l'avaient signé, mais aucun ne l'avait ratifié.

(32) Pt 167 de l'avis.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La cohérence dans le système européen de protection des droits fondamentaux
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

CASSANDRE, LA CRISE GRECQUE ET L'UNION EUROPÉENNE

Louis DUBOUIS

Professeur émérite d'Aix-Marseille-Université

Moi, je suis comme un aveugle qui va à tâtons.
Mais c'est au milieu de la vérité que je suis aveugle.
Cassandre
Jean Giraudoux
La guerre de Troie n'aura pas lieu

Que l'on puisse avoir l'illusion d'entendre les mânes de Cassandre se lamenter sur le destin futur de la Grèce et de l'Union européenne pourrait surprendre Claude Blumann avec lequel j'ai cheminé sur les voies, à bien des égards, rassurantes du droit. Mais, parmi les « européanistes », quel juriste peut aujourd'hui se dispenser de s'interroger sur l'avenir de l'Union ? Aussi bien l'heure est-elle propice à pareille réflexion, puisque la crise semble s'apaiser et que l'on peut esquisser le bilan des actions menées depuis près de cinq années pour l'endiguer et la surmonter.

Nul ne conteste que la crise qui s'est abattue en 2008 ne soit l'une des plus graves de celles qui ont affecté la construction européenne. Bancaire et financière à l'origine, elle s'est avérée lourde d'implications économiques, sociales et politiques. Au point que ne suffit plus à rassurer l'évocation du quasi-postulat selon lequel l'Europe ne progresse qu'au travers et par les crises. Il y a peu, Michel Rocard, Cassandre des Temps modernes, assénait : « La vérité, c'est qu'aujourd'hui il n'y a plus d'Europe. Elle était évanescente, la voici mourante » (1). Les arguments ne manquent pas à l'appui d'un pareil jugement. Mais il ne s'agit que de l'une des réponses possibles au questionnement sur l'avenir de l'Union européenne. Aussi, au seuil de l'examen, paraît-il judicieux de retenir la perspective que propose Philippe Forest dans l'avant-propos au numéro que *La Nouvelle Revue Française* (2) a consacré à « Notre Europe. 1914-2014 » : « L'Europe est-elle sur le point de mourir ? L'Europe est-elle sur le point de naître ? Ces deux vieilles questions, bien évidemment, n'en forment en réalité qu'une seule qui se pose en chacun des moments de son histoire, à l'occasion de chacune des crises qu'elle traverse. »

Question immense. L'analyse qui suit n'a pas pour ambition d'aboutir à une réponse d'ensemble concernant l'impact de la crise sur l'avenir de l'Union européenne, seulement d'apporter quelques éléments qui pourraient

(1) *L'Opinion*, 27 février 2014.
(2) *La Nouvelle Revue Française*, nº 607, février 2014, p. 17.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Cassandre, la crise grecque et l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

être utiles à la réflexion. Ceux-ci seront tirés de l'impact de la crise sur un État membre et des enseignements que l'on peut en retenir concernant l'avenir de l'Union, en se gardant, bien sûr, de toute généralisation infondée. L'État retenu est la Grèce. Bien qu'il ne s'agisse que de l'un des « petits » États de l'Union, sa situation est emblématique à plus d'un titre. En 2008, à l'orée de la crise, Michel Barnier n'hésitait pas à présenter la Grèce comme « un exemple de la puissance d'intégration de l'Union », une intégration « d'abord menée en interne à force de réformes et de financements communautaires, sans en oublier le moteur principal : la conviction européenne, particulièrement forte en Grèce, à droite comme à gauche » (3). Or la Grèce a été le pays le plus intensément affecté par la crise et celui qui a servi de laboratoire pour les actions que peut mener l'Union, car celle-ci s'est vue contrainte d'apporter à la Grèce, puis à d'autres États, Portugal, Espagne, Irlande, Chypre, une aide d'une importance sans commune mesure avec le soutien apporté à la balance des paiements, en 2008, à la Hongrie et à la Lettonie, en 2009, à la Roumanie.

L'Union européenne s'est portée au chevet de la Grèce, mais avec quel succès ? Et se trouve-t-elle pour autant délivrée de la menace que fait peser sur son avenir la crise grecque ?

I. – L'Union européenne au chevet de la Grèce

La crise grecque éclata en plein jour à l'automne 2009 lorsque, le 23 octobre, le ministre de l'Économie annonça que le déficit budgétaire atteindrait 12,5 % du PNB. S'ensuivit une série de dégradations de la note de la Grèce par les agences de notation Fitch, Moody's, Standart & Poor's qui s'accompagna d'une escalade des taux d'intérêt auxquels la Grèce pouvait emprunter sur les marchés financiers, rendant le financement de la dette de plus en plus onéreux jusqu'à devenir une charge insoutenable. La défiance des marchés trouvait un renfort dans les allégations mensongères imputables aux responsables politiques grecs. À l'automne 2008, le Premier ministre Costas Caramantis n'hésitait pas à prétendre : « La Grèce connaît, pour la première fois depuis des décennies, cette sécurité économique que procure l'assainissement réussi des finances publiques » (4). En 2009, les prévisions de déficit annoncées par son gouvernement étaient de 6 %, et non de 12,5 %.

A. Une assistance financière s'avéra donc nécessaire pour éviter à la Grèce de se trouver en défaut de paiement. Le résultat actuel peut être qualifié de mitigé.

On doit porter au crédit de l'Union européenne qu'elle fût capable d'apporter à la Grèce une assistance financière importante. Les besoins étaient immenses pour ce pays qui, en 2009, accusa un déficit s'élevant finalement à

(3) M. Barnier, « La Grèce et l'Union européenne », *Politique internationale*, Dossier spécial, Grèce, supplément au numéro 121, automne 2008, p. 38.

(4) *Ibid.*, p. 5.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Cassandre, la crise grecque et l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

15,7 % du PIB et dont le taux d'endettement atteignait 129,7 % du PIB (5). Le premier plan d'aide, adopté en mai 2010, porte sur un prêt de 110 milliards d'euros. Le second, définitivement mis au point en février 2012, comporte un prêt de 130 milliards d'euros auquel s'ajoute l'abandon par les créanciers privés de 53,5 % de leurs créances, soit 107 milliards d'euros. Si le FMI est intervenu comme prêteur aux côtés de l'Union, sa contribution s'avère beaucoup plus modeste et se limite actuellement à 15,8 milliards de dollars. Selon la Commission, rapportée au nombre d'habitants, l'aide s'élève à 33.600 euros par personne.

De même convient-il de retenir que l'Union sut, certes dans la douleur, forger les instruments permettant de prendre de tels engagements et d'en assurer la bonne exécution, puis, dans un second temps, mettre sur pied les mécanismes qui devraient permettre qu'à l'avenir, les décisions soient arrêtées plus rapidement et la contrepartie imposée aux États mieux respectée. On sait que, lorsque les traités constitutifs ne fournissaient pas une base juridique autorisant la décision, les États membres eurent recours à l'accord international. Ainsi passa-t-on du Mécanisme européen de stabilité financière (MESF) créé par le règlement 407/2010 du Conseil du 11 mai 2010 au traité du 2 février 2012 instituant le Mécanisme européen de stabilité.

L'Union européenne… mais s'agit-il bien d'elle ? Si tout s'est réalisé dans le cadre de l'Union et si un échec eut été, à l'intérieur comme à l'extérieur de l'Union, porté au passif de celle-ci, l'imputation à celle-ci ne peut se faire qu'au prix de deux restrictions significatives. Premièrement, l'assistance financière n'a joué que dans le cadre de la zone euro. Elle repose sur des prêts bilatéraux mis en commun, donc sur des engagements financiers souscrits conventionnellement par les seuls États membres de cette zone. Le fait que la solidarité financière se soit limitée à ces derniers est politiquement important car il a accentué la distinction entre deux groupes d'États au sein de l'Union (6). Le confirme, entre autres, l'institutionnalisation du sommet de la zone euro par le traité du 2 mars 2012 sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, en tout cas jusqu'à l'intégration de ce traité dans le droit de l'Union. Deuxièmement, les décisions arrêtées l'ont été sur la base d'accords négociés entre les représentants des États membres de la zone euro. Les accords de principe ont pour auteurs les chefs d'État et de gouvernement, souvent sur la base des compromis élaborés par la chancelière allemande et le président français. Ils ont été préparés et finalisés par les ministres des Finances de la zone euro, les institutions de l'Union ne jouant qu'un rôle des plus modestes à

(5) Parlement européen, Rapport du 28 février 2014 Othmar Karas et Liem Hoang Ngoc sur le rapport d'enquête sur le rôle et les activités de la Troïka (BCE, Commission et FMI) dans les pays sous programme de la zone euro, Commission des Affaires économiques et monétaires, A7-0149/2014, p. 8, adopté par le Parlement le 13 mars 2014.

(6) Voy. B. De Witte, « Union européenne, zone euro : quels gouvernements ? », *Pouvoirs*, n° 149, 2014, pp. 45 et s. ; J.-V. Louis, « Un traité vite fait, bien fait ? Le traité du 2 mars 2012 sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire », *Rev. trim. dr. eur.*, 2012, p. 5, not. pp. 16 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Cassandre, la crise grecque et l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'exception de la Commission et de la BCE qui sont parties prenantes à ce processus.

B. Pour porter un jugement sur le degré de réussite, tel qu'on peut l'évaluer actuellement, de l'action conduite par l'Union, il convient de se demander dans quelle mesure les objectifs que poursuit l'assistance financière ont été réalisés ou sont en passe de l'être.

Au-delà de l'objectif premier, qui est de maîtriser la crise financière et économique de la Grèce, l'Union cherchait à déminer la menace que la crise grecque faisait peser sur l'ensemble des États membres. Si la Grèce s'était trouvée en défaut de paiement, immense était le risque de contagion à d'autres pays dont l'équilibre économique et financier est fragile. On évoquait couramment le Portugal, l'Espagne, voire l'Italie et même la France. À cette liste il fallut joindre l'Irlande et Chypre que l'on avait pu croire à l'abri de pareille mésaventure. La sortie de la Grèce de l'Euro, le « Grexit », un temps envisagée, aurait sans doute constitué moins une parade qu'un précédent susceptible de conduire à la désintégration de la zone euro. Cette faillite d'une politique aussi emblématique de l'intégration eût constitué un revers lourd de conséquences pour l'Union.

À cet égard, même si l'avenir n'apparaît pas entièrement dégagé, les résultats présents peuvent être tenus pour plutôt satisfaisants. L'Union a fait front, même si ce ne fut pas sans mal. L'euro a tenu. La gouvernance de la zone euro s'est notablement renforcée, ce qui augure d'une meilleure capacité de gestion des crises qui pourraient survenir.

Mais qu'en est-il pour la Grèce ?

Ainsi que le Parlement européen le rappelle dans sa résolution du 13 mars 2014 sur le rapport d'enquête sur le rôle et les activités de la Troïka (BCE, Commission, FMI) dans les pays sous programme de la zone euro, les programmes d'assistance « visaient avant tout, à court terme, à prévenir un défaut incontrôlé de la dette souveraine et à faire cesser la spéculation sur celle-ci, [...] l'objectif à moyen terme consistait à assurer que les fonds prêtés soient remboursés et à éviter, de cette manière, de faire supporter une lourde perte financière aux contribuables des pays qui octroient l'assistance et garantissent les fonds ; [...] à cette fin, il y a lieu également que le programme assure une croissance durable et une réduction effective de la dette à moyen et à long terme ».

L'objectif à court terme semble atteint. Plusieurs indices convergent en ce sens. Les agences de notation ont commencé à relever la note de la Grèce. Celle-ci a pu revenir sur les marchés le 10 avril 2014 et emprunter près de 3 milliards d'euros sur cinq ans au taux de 4,95 %. Par ailleurs la Grèce a dégagé en 2013, hors service de la dette, un excédent budgétaire de 1,5 milliard d'euros. Mais, sans doute, ce résultat requiert-il consolidation.

S'agissant des deux autres objectifs, le bilan s'avère beaucoup moins favorable. Les fonds prêtés seront-ils intégralement remboursés ? Rien n'est moins assuré, puisque l'on ne cesse d'évoquer, le FMI en premier qui la juge

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Cassandre, la crise grecque et l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

nécessaire, une possible restructuration de la dette. Aussi bien, loin de se réduire, l'endettement de l'État grec n'a-t-il cessé de croître, passant de 129,7 % du PIB en 2009 à 175,1 % en 2013 (7). Il est vrai que le montant global n'a guère augmenté, car la raison principale de cette croissance en pourcentage tient à ce qu'au cours de la même période, le PIB grec a chuté de 322 à 242 milliards de dollars (8), en conséquence de la récession que le pays a connue. La Grèce se trouve donc fort loin du troisième objectif, la croissance durable permettant la réduction effective de la dette, même si l'on attend le retour de la croissance pour le second semestre 2014 ou pour 2015.

Les facteurs à l'origine de cette récession sont multiples. La Grèce souffre comme la plupart des États membres de l'atonie de la zone euro. L'essentiel des prêts qui lui ont été accordés étant affecté au remboursement de la dette, elle ne peut s'en servir pour financer les investissements qui favoriseraient le développement économique. Elle peine et tarde à mettre en œuvre les réformes administratives, fiscales, économiques et sociales qui supprimeraient les freins à ce développement. Mais on s'accorde aujourd'hui à reconnaître que la cause majeure de la récession réside dans l'impact des mesures de rigueur budgétaire et économique qui ont été imposées à ce pays en contrepartie de l'assistance financière, impact dont on admet, en particulier au sein du FMI, qu'il avait été sous-estimé.

On ne saurait recenser ici la myriade de mesures que les gouvernements successifs se sont vus contraints d'arrêter et le Parlement d'approuver. Les décisions adressées par le Conseil à la Grèce « la mettant en demeure de prendre des mesures pour procéder à la réduction du déficit jugées nécessaires pour remédier à la situation de déficit excessif » ne constituent qu'une petite illustration, mais significative par la précision du contenu des soixante dix-huit injonctions et du calendrier (9).

La réduction du déficit budgétaire constituait une priorité. Elle implique de diminuer les dépenses et d'augmenter les recettes. C'est accompli s'agissant des premières. Si l'on se réfère aux lois de finances votées par le Parlement, le total des dépenses prévues s'élevait à 80,190 milliards d'euros en 2010 pour descendre à 49,448 milliards en 2014. Dans le même temps les recettes baissent un peu en valeur absolue, puisqu'elles passent de 57,560 milliards d'euros à 54,695. Mais c'est la conséquence de la récession qui entraîne une diminution des rentrées fiscales. Car, rapportée au PIB, en baisse de 25 % pendant la même période, la charge fiscale a progressé de plus de 20 %. Aussi bien le gouvernement n'est-il revenu sur aucune des mesures envisagées, telles que hausse de la TVA de 11 à 23 %, pour l'hostellerie et la restauration, 0 à 23 % pour les avocats, hausse des taxes sur l'essence, le

(7) Source : Eurostat.
(8) Source : FMI.
(9) Décision du Conseil du 12 juillet 2011, 2011/734, refondant la décision 2010/320 du 10 mai 2010, *J.O.U.E.*, L 296 du 15 novembre 2011.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Cassandre, la crise grecque et l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

tabac, l'alcool, hausse de l'impôt sur le revenu, dont le seuil a été abaissé à 5.000 euros de revenu annuel…

La réduction des dépenses affecte tous les ministères ainsi que les collectivités locales. Elle a deux conséquences majeures pour les agents publics. Elle a conduit à une réduction drastique des effectifs. Sur environ huit cent mille emplois permanents, les autorités grecques assurent que cent cinquante mille auront été supprimés entre 2010 et 2014. Elles revendiquent, de plus, la suppression de cent mille emplois précaires. À cela s'ajoute une forte baisse des rémunérations et des pensions que l'on évalue en moyenne entre 30 et 35 %, les revenus les plus élevés étant les plus touchés.

Le secteur privé ne pouvait demeurer à l'abri, ne serait-ce que parce que la diminution des dépenses publiques génère une baisse de l'activité économique. Aussi, salaires et pensions ont-ils été diminués, quoique dans une mesure très variable selon les entreprises et souvent un peu moins élevée que dans le secteur public, le salaire minimal garanti a baissé de 20 % et été ramené à 586 euros bruts par mois. Le versement de la rémunération se fait parfois attendre. Le nombre des faillites a explosé. Et le chômage s'est considérablement développé, venant s'ajouter à celui qui frappe le secteur public. Pour l'ensemble de la population active, il s'élevait à 27 % en mars 2014, atteignant 58,3 % chez les moins de 25 ans.

Tel est le bilan actuel économique et financier de la crise et de l'assistance européenne. Comment, alors, ne pas prévoir que l'Union européenne sera obligée de demeurer plus qu'elle ne l'avait envisagé au chevet de la Grèce ? Et comment éviter de se demander si la crise grecque ne demeure pas une menace pour l'avenir de l'Union à raison de la situation dans laquelle le pays demeure ?

II. – La crise grecque, menace pour l'Union européenne

Une menace pour l'Union ? Mais, de quelle nature, alors que la crise, si elle se prolonge, semble sous contrôle ? La réponse se trouve dans la détresse économique et sociale dans laquelle la Grèce est plongée. La politique de redressement financier et économique a provoqué une explosion de pauvreté que ni l'ingéniosité des Grecs, ni la solidarité familiale, ni les distributions gratuites auxquelles procède l'Église orthodoxe ne parviennent à endiguer. Le délabrement des services publics engendré par les restrictions budgétaires, particulièrement celui des services de santé et des services sociaux, ne fait qu'aggraver très sensiblement la situation : l'accès aux vivres et aux soins n'est plus assuré pour tous.

Aucune lueur d'amélioration proche ne se faisant jour, les Grecs, chefs d'entreprise compris, sont englués dans un tourbillon de découragement et révolte. Cette dernière s'est tournée, outre la classe politique et l'administration grecques, contre l'Union européenne, affaiblissant le lien qui l'unit à la Grèce. À cette menace s'ajoute celle qui pèse sur la démocratie grecque et dont les dirigeants de l'Union ne sauraient se désintéresser.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Cassandre, la crise grecque et l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

A. Les citoyens grecs portent un jugement très critique sur ceux qu'ils tiennent pour responsables de leur malheur. Ceux, d'abord, qui sont responsables de la crise. Figurent alors au premier rang les dirigeants politiques et une partie des fonctionnaires accusés d'incapacité et, plus grave, de corruption. La Nouvelle démocratie et, encore plus, le PASOK (parti socialiste) qui dominaient la vie politique depuis 1981 en ont fait les frais depuis les élections législatives de 2012. L'Union, elle, n'est à ce stade accusée que d'inertie ou d'aveuglement, parfois qualifié de volontaire. Il pourrait sembler paradoxal que la mise en œuvre de l'assistance financière conduise à ce que l'Union fasse figure de principal accusé. Dirigeants grecs et opinion publique s'accordent, cependant, à estimer que les décisions ont été arrêtées trop tard et demeurent insuffisantes. Ils s'élèvent encore plus vivement contre le caractère autoritaire et la rigueur excessive que revêtent les plans d'ajustement qu'ils doivent mettre en œuvre. En résumé, la Grèce tout entière a le sentiment qu'étant « passée de la démocratie… à la dettocratie » (10), elle a perdu sa souveraineté pour être précipitée dans la pauvreté (11).

S'agissant de l'insuffisance de l'aide comme de l'extrême rigueur et des conséquences économiques et sociales que les plans d'ajustement impliquent, les plaintes grecques trouvent aujourd'hui, on l'a vu, un plus large écho. La critique paraît de prime abord moins fondée concernant le caractère autoritaire du comportement de l'Union. Les plans d'ajustement sont négociés avec la Troïka, qui comprend des représentants de la Commission, de la BCE et du FMI, puis au sein de l'Eurogroup et du Conseil, voire du Conseil européen. Le gouvernement grec donne à chaque fois son accord à ce qui, au stade final, revêt le caractère d'un mémorandum. Il l'approuve par la suite, après un vote favorable du Parlement. Ainsi fut fait en février 2010, puis en mai 2012. Mais nul ne conteste que les autorités grecques n'aient, après avoir bataillé autant que faire se peut pour adoucir le plan, d'autre choix que d'accepter celui-ci. La preuve éclatante en a été apportée lorsque le Premier ministre Georges Papandréou annonça, le 31 octobre 2011, son intention de soumettre au référendum le plan d'aide adopté en conseil de la zone euro quatre jours plus tôt. Les pressions exercées, notamment par la chancelière allemande et le président français, le conduisirent promptement à se raviser. Le gouvernement grec ne dispose pas d'une plus grande marge de liberté lors des négociations avec la Troïka qui ne donne le feu vert au versement des tranches d'aide qu'après avoir détaillé les mesures qu'implique le plan et contrôlé leur mise en œuvre. Si le Parlement européen a critiqué « le manque de contrôle et de responsabilité démocratique adéquats de la troïka », il l'a fait en termes plus mesurés que le Vice premier ministre et ministre des Affaires étrangères Evangélos Vénizélos qui, le 8 janvier 2014, jour où la Grèce inaugurait « sa » présidence du Conseil,

(10) V. Demiris, *La face cachée de la crise grecque*, Paris, La Boîte à Pandore, 2012, p. 45.
(11) Voy., p. ex., N. Burgi (dir.), *La grande régression, la Grèce et l'avenir de l'Europe*, Lormont, Le bord de l'eau, 2014 ; P. Grigoriou, *La Grèce fantôme. Voyage au bout de la crise (2010-2013)*, Paris, Fayard, 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Cassandre, la crise grecque et l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

déclarait que « se substituer à la classe politique et aux partenaires sociaux n'est pas à la portée de fonctionnaires, fussent-ils internationaux ».

L'hostilité grandissante à l'encontre des mesures d'austérité et de ceux qui les mettent en œuvre a eu d'importantes conséquences politiques. L'approbation parlementaire de ces mesures est devenue de plus en plus difficile. Cela conduisit le Premier ministre Georges Papandréou à soumettre aux électeurs l'approbation de la politique qu'il suivait et, à défaut de référendum, à provoquer les élections anticipées du 6 mai 2012. L'émiettement des forces politiques qui en résulta constitua un séisme politique. La Nouvelle démocratie et le PASOK, qui, depuis plus de trente ans, alternaient au pouvoir et se partageaient 80 % de l'électorat, ne totalisaient plus que 32 % des suffrages. Aucun gouvernement ne pouvant être formé, on procéda à de nouvelles élections législatives le 17 juin. Mis au pied du mur, les électeurs accordèrent de peu la première place à la Nouvelle démocratie. Celle-ci obtint 29,66 % des voix, juste devant Syriza, et 129 sièges grâce à la prime de 50 sièges (sur 300) accordée au parti arrivé en tête. Elle fut contrainte de s'allier avec le PASOK, en voie d'effondrement avec 12,38 % des voix et 33 sièges, pour former un gouvernement qui dispose de 2 voix de majorité à la *Vouli*, auxquelles s'ajoutent 3 voix émanant d'une petite formation née d'une scission du PASOK.

L'adhésion de la Grèce aux plans de rigueur ne tient qu'à un fil. La Nouvelle démocratie y fut longtemps opposée. Son leadership est contesté par Syriza, que dirige Alexis Tsipras. Représentant la gauche radicale, ce parti, fondé en 2004, n'obtint longtemps que des scores modestes, en 2009, 4,60 % des voix et 13 sièges. La crise lui permit de bondir en mai 2012 avec 16,78 % des voix et 52 sièges, en juin, avec 27,82 % des voix et 71 sièges. Les élections européennes, où son leader était le candidat de la Gauche radicale au poste de président de la Commission, l'ont propulsé en tête des formations politiques grecques avec 26,51 % des voix contre 23,13 % à la Nouvelle démocratie. Or, s'il ne demande plus la sortie de l'euro, Alexis Tsipras rejette les plans d'austérité, réclame que son pays bénéficie d'un allégement de sa dette comparable à celui qui avait été accordé à la RFA en février 1953, et, plus généralement, s'avère fort critique à l'égard de l'Union européenne. Enfin, depuis juin 2012, il se confirme que les partisans des plans, les « troïkans », demeurent minoritaires dans l'opinion publique.

« L'antigermanisme… l'un des rares sujets consensuels en Grèce, de l'extrême droite à l'extrême gauche » (12) constitue une autre source d'affaiblissement du lien entre la Grèce et l'Union. Il se manifeste parfois avec une particulière virulence. Plus encore que les défilés de manifestants protestant contre la chancelière allemande, souvent caricaturée en costume nazi, ainsi que celle-ci l'a peut-être aperçu lors de sa visite à Athènes le 9 octobre 2012, inquiètent des actes tels que l'agression perpétrée contre le consul allemand à Salonique, quelques semaines plus tard, ou les tirs dirigés contre

(12) A. Salles, *Le Monde*, 24-25 mars 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Cassandre, la crise grecque et l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

la résidence de l'ambassadeur de RFA le 30 décembre 2013. C'est que cet antagonisme semble durablement enraciné. Les souvenirs très douloureux de l'occupation allemande s'étaient largement estompés. Ils sont revenus pour s'ajouter au ressentiment éprouvé à l'encontre d'une Allemagne tenue pour la principale responsable de la politique d'austérité qu'elle imposerait à coups de diktats en contrepartie de l'aide apportée par l'Union. Le ton ironique ou méprisant adopté parfois par certains responsables politiques et organes de presse allemands à l'égard des pays de l'Europe du Sud, de la Grèce tout particulièrement, n'a pu qu'aviver les plaies.

Il y a là un signal inquiétant pour une Union qui se veut sans cesse plus étroite entre les peuples qui la composent, d'autant que l'antigermanisme sévit, bien qu'à un niveau moindre, en d'autres pays de l'Europe du Sud.

B. Les menaces que la crise financière fait peser sur le régime démocratique grec ne semblent pas avoir été prises en considération autant qu'il conviendrait. Les dirigeants des États membres et de l'Union savent, certes, que celle-ci est fondée sur les valeurs démocratiques communes aux États membres, ainsi que l'affirme à plusieurs reprises le Traité sur l'Union européenne (13), et que la répudiation de ces valeurs par un État engendrerait une crise grave dont l'Union ne pourrait sortir indemne. Mais la Grèce ne leur semble pas présenter à cet égard un risque sérieux. Les élections s'y déroulent dans le calme et sans que leur résultat soit contesté par les perdants. Les partis qui récusent la démocratie progressent, mais dans une proportion limitée. Que les dirigeants grecs ne cessent d'invoquer le risque d'explosion sociale paraît constituer avant tout un argument pour obtenir le maximum de concessions de la part des États prêteurs et de la Troïka. Et, si ces dirigeants souffrent de discrédit auprès de leurs concitoyens, n'est-ce pas la juste sanction de leurs fautes et leurs insuffisances ? La large part de vérité que cette vision recèle ne saurait cependant masquer le caractère préoccupant que revêtent deux phénomènes.

La violence a considérablement augmenté dans la vie politique grecque. Le pays est secoué par des grèves et manifestations à répétition organisées pour protester contre les mesures d'austérité. Massives, les manifestations ont fréquemment donné lieu à de graves affrontements avec les forces de police. Parlementaires, ministres sont l'objet de critiques exprimées de façon virulente et même de prises à partie physiques. Le 28 octobre 2011, le président de la République qui présidait une cérémonie organisée à l'occasion de la Fête nationale a été contraint de quitter les lieux. À cela s'ajoute ce que l'on peut qualifier d'autoviolence. Le suicide d'un pharmacien qui s'est donné la mort sur la place de la Constitution le 4 avril 2012, faute de moyens suffisants de subsistance, a connu un écho considérable. Et il a été suivi de bien d'autres.

La palme de la violence revient à Aube Dorée (Chrissi Avghi), mouvement politique dont la progression constitue le second phénomène, le plus préoc-

(13) Art. 2, 7 et 49 TUE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Cassandre, la crise grecque et l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

cupant. Les militants de ce parti se sont fait connaître pour leurs agressions contre des immigrés et des militants de gauche. Le meurtre, dans la nuit du 17 au 18 septembre 2013, d'un rappeur antifasciste a entraîné une réaction du gouvernement se traduisant par l'inculpation et la détention du leader Nikolaos Michalokiakos et de plusieurs autres députés, le vote d'une loi privant le parti de tout financement public, puis l'inculpation des autres députés pour participation à une organisation criminelle. Peut-être par représailles, deux membres d'Aube dorée ont été assassinés le 1er novembre 2013, ce qui a aggravé l'inquiétude.

Mais le problème que pose Aube dorée dépasse celui de la réapparition de la violence dans la vie politique grecque. Aube dorée est un parti ouvertement néonazi par sa doctrine et son organisation, prenant, en 1993, la suite d'un mouvement fondé quelques années plus tôt. Longtemps, il ne connut qu'une audience insignifiante, l'extrême droite étant représentée par un parti plus modéré, le LAOS (Rassemblement populaire orthodoxe). Un chassé-croisé s'est produit entre ces deux partis. Aux élections législatives d'octobre 2009, le LAOS obtenait 5,6 % des voix et 15 sièges (sur 300) ; Aube dorée ne totalisait que 0,3 % des suffrages. La crise a tout changé. Aux élections de 2012, LAOS perd toute représentation parlementaire. Aube dorée fait alors son entrée au Parlement : avec 6,97 % des voix le 6 mai, 6,92 % le 17 juin, elle obtient successivement 21, puis 17 sièges. Son enracinement dans le paysage politique grec vient de se confirmer aux élections européennes de mai 2014 auxquelles, malgré les poursuites dont ses dirigeants font l'objet, Aube dorée obtient 9,34 % des voix (et 2 sièges sur 21). Cela en fait le troisième parti politique du pays, devant le PASOK qui s'est, pour l'occasion, métamorphosé en Elia (Olivier).

Même s'il ne s'agit pas d'une déferlante, ce succès constitue un signal inquiétant pour la démocratie grecque et pour l'Union. Passe qu'il atteste l'audience que recueille aujourd'hui un discours xénophobe et europhobe. Bien d'autres États membres sont à l'unisson de la Grèce. Mais ce discours est tenu par un parti qu'aucune des deux coalitions europhobes issues des récentes élections n'a accepté d'intégrer pour constituer un groupe au Parlement européen. Et dans un Parlement grec où, nous l'avons vu, fait défaut une majorité assurée disposant du soutien populaire et que menace l'émiettement des formations politiques, la présence d'Aube dorée s'avère une source de faiblesse supplémentaire pour le régime politique.

Ce que prédisait Cassandre se réalisait. Pourtant, personne n'y ajoutait foi. Il y aurait de bonnes raisons d'adopter aujourd'hui le même comportement si Cassandre annonçait la ruine de la Grèce et la désintégration de l'Union européenne. Heureusement, elle ne délivre qu'un avertissement faisant état d'une menace. Mais les dirigeants de l'Union et des États membres seraient sans doute avisés d'y prêter quelque attention. Les élections européennes qui viennent d'avoir lieu devraient les y inciter.

Mai 2014

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Cassandre, la crise grecque et l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

L'IDENTITÉ INDIVIDUELLE DANS L'UNION EUROPÉENNE : À LA RECHERCHE DE L'*HOMO EUROPEUS*

Édouard DUBOUT

Professeur à l'Université Paris Est Créteil

Plus les peuples se communiquent, plus ils changent aisément de manières, parce que chacun est plus un spectateur pour un autre, on voit mieux les singularités des individus.
Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre XIX, Chapitre IX

I. – L'UNION ET L'INDIVIDU : SI PROCHES ET POURTANT SI LOIN

L'individu est au centre du projet européen. C'est la faculté de s'adresser directement à lui, de lui conférer des droits immédiatement exigibles, qui fait le génie de l'intégration européenne. L'individu européen naît de l'octroi de droits subjectifs et de la capacité qui en découle à réaliser les objectifs de l'Union européenne (1).

Mais quel est ce nouveau type d'individu, cet *homo europeus*, dont l'Union européenne s'emploie à donner forme ? On peut faire remonter aux origines des penseurs politiques l'idée selon laquelle le système d'organisation du pouvoir correspond à un certain type de citoyens (2). Pourtant, à l'image de celle de l'Union européenne, l'identité de l'individu européen demeure largement mystérieuse (3). Afin de rendre hommage au professeur Claude Blumann qui a tant œuvré pour la diffusion de la connaissance de la construction européenne, on essaiera d'esquisser les principaux traits et enjeux de l'identité individuelle dans l'Union européenne. On formulera l'espoir qu'à mieux savoir qui il est, d'où il vient et ce qu'il peut devenir, l'individu européen trouvera dans l'ébauche de son portrait des raisons d'apprécier, au sens critique, ce que signifie sa part d'européanité.

Il est difficile d'identifier précisément qui est l'*homo europeus* pour plusieurs raisons. La première tient à ce que l'identité européenne de l'individu n'est perçue que comme subsidiaire. L'individu se sent en priorité relever

(1) J. H. H. WEILER, « Subjectifying and objectifying the individual », in *50e anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos 1963-2013*, OPUE, 2013, pp. 11-22.

(2) PLATON, *La République*, Liv. VIII, coll. GF, Paris, Flammarion, 2002, spéc. p. 544 : « Sais-tu donc, demandai-je, qu'il y a autant d'espèces de caractères que de formes de gouvernement ? Ou bien crois-tu que ces formes viennent des chênes et des rochers, et non des mœurs des citoyens, qui entraînent tout le reste du côté où elles penchent ? »

(3) Voy. J.-M. FERRY, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Paris, Éd. du Cerf, 2006, 215 p.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

d'une appartenance nationale qui continue de façonner principalement ses attaches, ses préférences, son mode de vie, sa culture, sa vision du monde et sa conception de ce qui est bon. Ce n'est en général que de façon secondaire qu'un sentiment de relevance à l'égard de l'Union européenne peut être éprouvé qui, en tout état de cause, et pour reprendre la formule bien connue de la citoyenneté européenne, s'ajoute à citoyenneté nationale et ne la remplace pas (4). La deuxième raison tient à ce que la formation d'une identité européenne est souvent considérée comme le fruit d'un processus autoritaire, et non volontaire. Pour beaucoup, l'intégration européenne est plus considérée comme subie que véritablement choisie. Les conséquences qui découlent de la construction européenne sur les modes de vie sont fréquemment vécues comme intrusives, négatrices des éléments qui font l'identité. Certes, les traités ont été ratifiés, parfois par référendum, mais l'impression dominante est qu'une grande part de l'évolution de l'intégration se fait de façon distante des *desiderata* des citoyens. On objectera avec raison qu'on ne choisit guère la société et la culture dans lesquelles on vit, mais l'essentiel est de se sentir en mesure d'en maîtriser, par l'expression et la défense de ses intérêts, les évolutions principales. Or, ce que les dernières réformes ont engendré, celle de Lisbonne malgré le rejet du traité constitutionnel et celle de la nouvelle gouvernance budgétaire en marge des traités fondateurs, est plutôt un sentiment croissant de dépossession de la maîtrise de la décision politique (5). La troisième raison, et il y en a sûrement d'autres, tient à ce que l'identité européenne ne peut être que fragmentaire. Projet d'intégration partielle, l'Union européenne n'a pas pour ambition de pénétrer l'ensemble des sphères d'intervention dont la répartition est désormais figée dans une logique fédérale (6). En demeure notamment exclue la redistribution sociale (7), maintenant au niveau national la définition d'un modèle de justice sociale qui détermine très largement le cadre du sentiment d'appartenance à une collectivité. Bien souvent incapable de forger son propre modèle de vie commune autrement que par démantèlement des cadres étatiques d'intervention, l'Union européenne demeure vouée à n'être qu'un projet incomplet dans lequel l'individu ne saurait s'identifier totalement. Perçue comme subsidiaire, autoritaire et fragmentaire, l'identité individuelle est difficile à saisir au point qu'il est autorisé de douter qu'elle en soit vraiment une.

Tel est le paradoxe de la construction européenne : l'Union s'adresse à l'individu sans que ce dernier ne se reconnaisse en elle. Pourtant, il est indéniable que l'intégration européenne modifie les comportements individuels. Elle influence les manières de penser, les lieux de résidence, les modes de consommation, l'exercice de l'activité professionnelle, la vie familiale, l'éducation, les études, les loisirs, la culture, la langue et bien d'autres éléments

(4) Art. 20, § 1er, TFUE.
(5) M. A. Wilkinson, « The specter of authoritarian liberalism : reflections on the constitutional crisis of the European Union », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, pp. 527-560.
(6) Art. 2 et s. TFUE.
(7) Art. 153, § 4, TFUE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

essentiels de la vie humaine sans qu'aucun de ses aspects ne semble en mesure d'échapper totalement à son emprise. Le principal moyen de cette transformation des comportements a déjà été relevé : il consiste à procurer des droits toujours plus nombreux aux individus (8). L'*homo europeus* est une forme particulière d'*homo juridicus* (9). Ce que l'on désigne comme procédant de l'intégration « par le droit » est aussi une intégration « par *les* droits » : elle ne consiste pas seulement à instituer un système de production commune de droit objectif, mais aussi, et peut-être avant tout, à investir les individus de droits subjectifs les autorisant à puiser directement dans la construction de l'unité européenne des arguments afin de faire valoir leurs intérêts à l'encontre des décisions limitant leur autonomie. Ce faisant, il s'agit de déconstruire le sentiment d'appartenance nationale en permettant à l'individu de s'épanouir dans un espace de réalisation et un cadre de représentation élargis. Une nouvelle forme de liberté transnationale en découle. Dans l'Union, l'autonomie individuelle est généralement conçue comme inversement proportionnelle à l'autonomie politique des États (10). Le risque évident de cette approche est de créer un vide identitaire, un individu débridé, émancipé de toute contrainte et affranchi de toute attache collective. Pour éviter une telle dérive individualiste, l'enjeu déterminant pour l'évolution de l'intégration est de parvenir à reconstruire un sentiment d'appartenance européenne.

Identité nationale et identité européenne sont les deux pôles entre lesquels se forge l'identité de l'individu à la fois dans et au-delà de l'État comme éléments référentiels de la formation d'une conscience d'appartenance complexe (11). Assurer l'équilibre et la conjonction des deux pôles identitaires n'est pas une tâche aisée. À trop vouloir combattre les sentiments nationaux, le risque est de générer l'effet inverse, un repli identitaire face à ce qui est perçu comme une agression contre les cercles de solidarité au sein desquels l'individu s'épanouit. Ce repli pourrait découler d'une fracture entre le mobile et le sédentaire. La capacité de s'affranchir des contraintes nationales profite en premier lieu aux individus les plus mobiles, les plus informés, et quelque part les mieux dotés, donnant le sentiment que l'intégration européenne accentue des différences sociales. Autant de raisons qui peuvent expliquer le relatif désintérêt de la majorité des opinions publiques pour la cause européenne et la difficulté à projeter le débat politique sur la scène européenne : ceux qui n'en profitent pas y voient une menace

(8) L. Azoulai, « L'autonomie de l'individu européen et la question du statut », *EUI Working Paper*, 2013/14, 25 p.

(9) A. Supiot, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, 333 p.

(10) H.-W. Miklitz, « The ECJ between the individual citizen and the member states – A plea for a judge-made European law on remedies », in H.-W. Miklitz et B. De Witte (eds), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Intersentia, 2012, pp. 349-440 ; C. Kessedjan (dir.), *Autonomie en droit européen – Stratégies des citoyens, des entreprises et des États*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013, 277 p.

(11) En un sens proche, J. Habermas, « The crisis of the European Union : a response », *Polity*, 2013, spéc. p. 42.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

supplémentaire, et ceux qui en profitent la considèrent au mieux comme un moyen et non une fin. L'enjeu de la création d'un individu européen est de parvenir à susciter son adhésion simultanée à une collectivité à la fois européenne et nationale. Par conséquent, une manière d'envisager juridiquement l'identité individuelle de l'*homo europeus* consiste à distinguer, d'une part, un mouvement de *désappartenance nationale* que l'on peut désigner comme la face « négative » de l'identité, et, d'autre part, un mouvement de *réappartenance européenne* qui constituerait la face « positive » de l'identité.

II. – L'IDENTITÉ INDIVIDUELLE NÉGATIVE : LA DÉSAPPARTENANCE NATIONALE ET L'ÉMANCIPATION

Les droits que l'Union confère à l'individu, au point d'en renouveler l'identité profonde, tiennent principalement en des pouvoirs d'*émancipation* du cadre national et des contraintes qu'il fait peser sur l'autonomie individuelle. La justification est simple et doit être trouvée dans la volonté de briser les sentiments protectionnistes et nationalistes à l'origine de la fragmentation du continent. L'émancipation de l'intégration européenne hors du cadre international se confond avec celle de l'individu européen hors du cadre national. La question qui se pose est moins évidente : jusqu'où doit aller l'émancipation de l'individu hors de la communauté nationale d'origine ?

A. – La forme de l'émancipation : de l'*homo œconomicus* à l'*homo societatis*

Il est bien connu que l'émancipation de l'individu européen est initialement de forme économique. Le droit de l'Union entreprend de donner naissance à des agents économiques transnationaux en accroissant leur autonomie d'accès à la production et à la consommation sur un espace élargi. L'individu européen est originellement un *homo œconomicus* agissant dans un contexte de décloisonnement des marchés nationaux. Il en tire la possibilité de s'affranchir des contraintes étatiques d'intérêt général, à la fois activement en se déplaçant hors des frontières nationales afin d'exercer une activité économique, mais aussi passivement en étant en mesure de recevoir dans l'espace national des biens ou des services économiques venus d'autres États membres. Cette autonomie nouvelle confère un statut libérateur aux individus en leur offrant un cadre élargi d'action. Comme l'écrit l'avocat général Poires Maduro dans l'affaire *Alfa Vita*, les libertés économiques de circulation « constituent la dimension transnationale du statut économique et social conféré aux citoyens européens. Cela exige [...] de se placer sur un plan plus large que celui du cadre strictement national » (12). Voilà qui explique la fonction constitutionnelle qu'exercent les libertés de circulation en tant que normes de contrôle des choix politiques des législateurs

(12) Spéc. pt 40, aff. jtes C-158/04 et C-159/04.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

nationaux. Il n'est pas anodin que les grands arrêts fondateurs de potentialisation de l'individu par l'affirmation des principes d'effet direct et de primauté concernent précisément la réalisation de cet espace économique qui incarne l'unité européenne. C'est pourquoi la capacité à nouer des relations économiques transnationales a été constamment amplifiée par la Cour de justice au point que peu de situations semblent ne pouvoir être rattachées à la sphère du marché intérieur (13). On peut discuter les choix d'appréhender sous un prisme économique des activités artistiques (14), sportives (15) ou encore hospitalières (16). Ils sont une bonne illustration de ce que l'émancipation de l'individu sur le fondement du droit européen déborde en réalité le strict cadre économique.

L'émancipation individuelle acquiert progressivement une dimension pleinement sociale, modifiant par là la physionomie même de l'intégration. L'individu européen émancipé se mue en *homo societatis*, capable de s'épanouir en tant qu'être social au-delà de sa société d'origine. Tout d'abord, l'accès aux avantages, prestations et protections que comporte accessoirement la liberté de circulation économique a conduit à la création d'une « citoyenneté de marché » (17). Elle signifie que le projet de marché unique ne peut être enfermé dans un strict cadre d'unité économique, mais qu'il pose les fondements d'une solidarité plus large, de type politique. Cela implique un fort degré d'intégration, dont l'arrêt *Dermirkan* illustre bien la portée. Alors qu'à la lettre, le droit de circuler librement en vue de recevoir des services serait susceptible d'être étendu aux ressortissants des pays tiers ayant conclu un accord d'association avec l'Union, l'esprit de cette prérogative individuelle conduit la Cour de justice à n'en réserver le bénéfice qu'aux seuls citoyens de l'Union (18). Ce qui est en cause dans ce statut est une « quasi-nationalité », le bénéfice des mêmes droits que le national du simple fait de recevoir un service, ce qui n'est plus vraiment une condition. Le destinataire de service est, en réalité, un citoyen camouflé. Ensuite, l'avènement de la citoyenneté européenne parachève le pouvoir d'émancipation sociale de l'individu (19). La formule est devenue rituelle selon laquelle « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres » (20). Elle ouvre l'accès non plus seulement aux

(13) Voy. notre étude, « Les mutations du champ des libertés de circulation dans l'Union européenne : la triple inconstance », in *La Constitution, l'Europe et le Droit – Mélanges en l'honneur de J.-C. Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, pp. 543-570.

(14) C.J.C.E., 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, aff. C-7/68, *Rec.*, p. 617, spéc. p. 626.

(15) C.J.C.E., 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, aff. C-36/74, *Rec.*, p. 1405, spéc. pt 4.

(16) C.J.C.E., 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, *Rec.*, p. I-1931, spéc. pt 21.

(17) M. Everson, « The legacy of the market citizen », in J. Shaw et G. More (eds), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1995, pp. 73-89.

(18) C.J.U.E., 24 septembre 2013, *Demirkan*, aff. C-221/11, spéc. pt 56.

(19) L. Azoulai, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Chemins d'Europe – Mélanges en l'honneur de J.-P. Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 1-28 ; C. Barnard, « EU citizenship and the principle of solidarity », in M. Dougan et E. Spaventa (eds), *Social Welfare and EU Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 157-180.

(20) C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.*, p. 6193, spéc. pt 31.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

marchés et aux biens privés des États, mais aussi à leurs sociétés et à leurs biens publics. Une forme de solidarité élargie peut être revendiquée par l'individu européen. Il a le droit de bénéficier de la protection des systèmes sociaux d'un autre État, mais aussi celui de continuer à bénéficier de son propre système de protection sociale en dehors du territoire national afin de s'épanouir pleinement sur l'espace européen élargi (21). L'État en est conduit à reconnaître des situations personnelles constituées sur un plan européen en dehors de toute activité économique. Ainsi que la Cour l'a jugé dans l'affaire *O. et B.*, l'entrave à la libre circulation du citoyen joue non seulement à l'entrée dans un territoire, mais également à la sortie et au retour dans l'État d'origine afin de lui permettre de nouer des relations dans l'Union et de mener une vie familiale véritablement transnationale (22). Dit autrement, l'unité européenne n'est pas seulement celle d'un espace, mais elle implique aussi l'appréhension unifiée de la situation individuelle d'une personne dont les éléments pertinents ont pu être constitués dans d'autres États membres (23).

Toutefois, les résistances étatiques à ouvrir l'accès à leur territoire et à distribuer des ressources par définition limitées n'ont pas laissé la Cour de justice indifférente. Il y a un risque de déstabilisation profonde des équilibres internes et d'atteinte aux intérêts vitaux de la population nationale, comme le juge européen l'a reconnu dans l'affaire *Bressol* en admettant la possibilité d'adopter les mesures les plus manifestement contraires à l'unité européenne : des quotas fondés sur la nationalité. La jurisprudence s'est montrée moins entreprenante pour développer la capacité transnationale des citoyens non actifs qu'elle ne l'a été dans le cadre des libertés économiques de circulation. Prenant appui sur la volonté du législateur européen, des conditions de durée ou de qualité de l'intégration sociale de l'individu ont été réintroduites (24). Il en ressort que, malgré l'unité de vie dont il jouit en principe sur l'espace européen, l'individu européen se trouve encore artificiellement fragmenté selon la circonstance aléatoire qu'il prend part ou non à une activité économique (25). Dans l'affaire *L.N.*, la Cour de justice a admis cette différence entre les deux formes d'émancipation en entérinant la manœuvre consistant à faire un détour par les libertés économiques de circulation afin de bénéficier d'aides sociales dans l'État d'accueil (26). La citoyenneté sociale demeure encore l'accessoire de la citoyenneté économique de l'individu européen comme moyen d'émancipation hors du cadre

(21) C.J.C.E., 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05 ; C.J.C.E., 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06.

(22) C.J.U.E., 12 mars 2014, *O. et B.*, aff. C-456/12, spéc. pt 49.

(23) L. Azoulai, « Le sujet des libertés de circuler », in E. Dubout et A. Maitrot de La Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation – In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, spéc. p. 409 : « dans le long cours de l'intégration juridique, on passe de "l'unité du marché intérieur" à la nécessité de protéger "l'unité de vies individuelles" ».

(24) Voy. not. C.J.C.E., 12 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07.

(25) C. O'Brien, « I trade, therefore I am : legal personhood in the European Union », *CMLR*, 2013, vol. 50, nº 6, pp. 19643-1684.

(26) C.J.U.E., 21 février 2013, *L.N.*, aff. C-46/12.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

national d'origine. Surtout, dans tous les cas, ce n'est pas en tant que tel, mais uniquement en ce qu'il participe à la réalisation de la finalité supérieure de l'abolissement des frontières que l'individu jouit de la protection européenne. Comme la Cour de justice le souligne sans relâche, l'octroi de protections supplémentaires à l'individu européen est subordonné à ce que l'intervention nationale ait « un effet dissuasif sur l'exercice effectif » de son droit à la mobilité dans l'Union (27).

B. – Le sens de l'émancipation : la question de l'individualisme

Une précision s'impose sur le sens du pouvoir d'émancipation individuelle que l'Union confère. La finalité de l'octroi de prérogatives subjectives n'est pas de rompre toute appartenance étatique de l'individu, bien au contraire. Ce que l'octroi de droits subjectifs entreprend de déconstruire n'est pas le rattachement de l'individu à l'État, à son marché ou à sa société, mais l'*exclusivisme* qui y est traditionnellement attaché. Il s'agit de créer la possibilité de multiplier les liens de rattachement avec les acteurs, privés ou publics, de différents États. C'est pourquoi l'émancipation de l'individu peut être comprise comme une entreprise de dénationalisation de la manière d'exercer le pouvoir étatique. La capacité politique d'intervention de l'État n'en est pas affectée dans son principe même, mais ce qui lui est refusé est la possibilité de le faire sur la base des liens de rattachement exclusifs qui fondent à l'origine l'exercice du pouvoir étatique que sont la nationalité et la territorialité (28). De cette façon, le droit de l'Union oblige les autorités étatiques à tenir compte de la possibilité de l'individu d'agir et de vivre de façon transnationale lorsqu'elles font usage de leur pouvoir politique. Tel est le sens que revêt finalement l'extension de la qualification de l'entrave aux libertés de circulation : il s'agit d'un *désavantage fondé sur la transnationalité d'une situation individuelle*. Dans une lecture constitutionnelle de protection des droits, la justification est de procéder à un rééquilibrage des intérêts de la majorité sédentaire par rapport à ceux de la minorité mobile. Les droits reconnus à l'individu européen servent à représenter et à forcer judiciairement la prise en compte dans le processus décisionnel national des intérêts de ceux dont la situation ne se limite pas au cadre national au sein duquel les autorités publiques ont pris l'habitude de raisonner. Par conséquent, ce qui justifie l'octroi de droits subjectifs n'est pas de remettre en cause le processus démocratique national mais plutôt d'en élargir le cadre : il s'agit d'inclure dans le cadre de la démocratie nationale la prise en compte des intérêts extérieurs à l'État et affectés par les délibérations du processus politique interne. Ainsi peut être légitimé le dépassement du cadre démocratique national au sein duquel naît le constitutionnalisme traditionnel.

(27) *Ibid.*, spéc. pt 44.

(28) M. Dougan, « Expanding the frontiers of Union citizenship by dismantling the territorial boundaries of national welfare states ? », in C. Barnard et O. Odudu (eds), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 119-165.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Pour autant, il serait naïf de croire que le pouvoir de désappartenance de l'individu par rapport à l'État national d'origine se traduit mécaniquement par la création de liens de rattachement avec d'autres États. Il ne manque pas de critiques pour faire observer que l'individu auquel le droit de l'Union donne naissance ne recherche pas forcément son intégration dans un ou plusieurs autre(s) État(s), mais plutôt la satisfaction de ses intérêts propres (29). Même en acceptant que l'individu européen puisse multiplier ses attaches au sein de différents États, en consommant, en dépensant, en investissant ou même en visitant, il est tentant de croire qu'à trop nouer d'attaches transnationales, il n'en ait plus aucune. À l'égoïsme des États, l'intégration européenne substituerait celui des individus. L'*homo europeus* serait un être opportuniste, capable de se déplacer d'un système à un autre afin d'en tirer avantage, quitte à fragiliser les liens de solidarité nationale déjà fortement ébranlés par les difficultés économiques. Il est vrai qu'il ne manque pas d'exemples en jurisprudence susceptibles d'appuyer cette critique de dérive individualiste de l'intégration. Ils révèlent une absence de consensus sur ce que doit être l'esprit de l'émancipation individuelle dans l'Union européenne. Deux illustrations le montrent bien. Tout d'abord, la Cour de justice paraît très peu encline à considérer comme satisfaites les conditions dans lesquelles un abus de droit de circuler puisse être constitué, faute de pouvoir définir précisément quel est l'objectif, autre que le sien propre, que doit poursuivre le bénéficiaire de la liberté de circuler dans l'Union (30). Comme l'a montré l'arrêt *Centros*, resté célèbre pour cette raison, le simple fait de vouloir échapper à une législation contraire aux intérêts particuliers ne suffit pas à détourner le droit de circuler d'une finalité laissée largement indéterminée (31). Ensuite, l'extension du pouvoir de contestation attaché à la liberté de circuler dans des situations dites « purement internes » contribue à opacifier considérablement la finalité de l'argument transnational. Le découplage entre la recevabilité de l'argument et la réalité transnationale de la situation, initié dans l'affaire *Guimont*, amène la Cour de justice à cautionner l'idée que la finalité recherchée puisse ne pas être l'émancipation hors de l'État, mais l'émancipation au sein même de l'État (32). La frontière devient poreuse avec la reconnaissance d'une pure prérogative de liberté individuelle amputée de toute idée d'intégration transnationale.

En définitive, la question essentielle que pose la conjonction inextricable des intérêts individuels et des finalités européennes ne tient pas tant à savoir

(29) A. Somek, « Constitutionalization : constitution-making for individualists », in S. Puntscher Riekmann, D. Wydra et A. Somek (eds), *Is there a European Common Good ?*, Nomos, 2013, pp. 95-119.

(30) A. Iliopoulou-Pénot, « Libertés de circulation et abus de droit », in E. Dubout et A. Maitrot de La Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation – In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 185-204 ; R. De La Feria et S. Vogenauer (eds), *The Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law ?*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 662 p.

(31) C.J.C.E., 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.*, p. I-1459, spéc. pt 27.

(32) C.J.C.E., 5 décembre 2000, *Guimont*, aff. C-448/98, *Rec.*, I-10663, spéc. pt 22.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

si le transnationalisme génère de l'individualisme (un système national peut aussi parfaitement favoriser l'individualisme) mais plutôt quel *type* d'individualisme découle du transnationalisme. Il n'est pas inintéressant de constater que, même chez les penseurs considérés comme les plus libéraux, l'idée est bien présente que c'est seulement au sein de structures d'appartenance collective que l'individu peut s'épanouir pleinement. On peut être surpris de lire dans les écrits de F. A. von Hayek qu'il convient de « refuser le plus sot des malentendus qui courent à ce sujet : l'idée suivant laquelle l'individualisme postulerait (ou fonderait ses arguments sur cette hypothèse) l'existence d'individus isolés ou autosuffisants, au lieu de partir de l'étude de gens dont la nature et le caractère sont déterminés par le fait qu'ils existent en société » (33). Ce postulat du caractère nécessairement social de l'individu le conduit à distinguer différentes formes d'individualisme et à préconiser l'adoption de principes clairs et préétablis d'organisation sociale au sein desquels l'individu se trouve en mesure de se réaliser librement. À défaut de tels principes d'organisation, les arbitrages entre la confrontation des intérêts concurrents qu'entraîne l'individualisme se feraient de manière essentiellement pragmatique. Or, pour l'auteur, ce pragmatisme est finalement contraire à la liberté individuelle en ce qu'il contient le germe d'arbitraire et celui de faire « régresser d'un état social où certains principes généraux sont reconnus par tous à un système où l'ordre ne peut subsister qu'à coups d'injonctions directes » (34). Voici bien le risque auquel mène l'émancipation individuelle que provoque l'intégration européenne. Celui d'un conflit entre l'identité individuelle et l'identité collective, alors même que la première ne peut se développer pleinement qu'au sein de la seconde. Ce qu'il convient, par conséquent, de créer afin que l'émancipation individuelle hors de la seule sphère nationale ait un sens est un cadre plus général d'appartenance à la collectivité européenne. Or il est peu douteux qu'il soit plus aisé de désolidariser un individu d'une collectivité nationale que de parvenir à le resolidariser à une communauté plus large.

III. – L'IDENTITÉ INDIVIDUELLE POSITIVE : LA RÉAPPARTENANCE EUROPÉENNE ET LA PARTICIPATION

L'enjeu de la poursuite de l'intégration tient à la capacité de l'Union européenne de parvenir à compenser l'émancipation individuelle en substituant au cadre national d'appartenance des principes européens d'organisation sociale. Il faut pour cela que l'individu développe une conscience européenne qui lui fait pour le moment défaut. Or il est difficile de provoquer un sentiment d'appartenance de l'individu à une collectivité qui ne lui préexiste pas. C'est tout l'enjeu d'imaginer et d'instituer des formes de *participation* de l'individu à l'œuvre européenne. La question est redoutable :

(33) F. A. VON HAYEK, « Vrai et faux individualisme », trad. F. Guillaumat, disponible en ligne, conférence prononcée à University College, Dublin, le 17 décembre 1945. Originellement éditée par Hodge, Figgis & Co. Ltd., Dublin, et B. H. Blackwell Ltd., Oxford, 1946.

(34) *Ibid.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

comment susciter la participation de l'individu à une communauté non encore formée ?

A. – Le désir de participation : de l'*homo politicus* à l'*homo habitus*

Que l'instauration d'un cadre de participation de l'individu ait pris une forme procédurale n'a rien de surprenant. A l'image de son homologue national, le citoyen européen est conçu comme un *homo politicus*. Parfois opposé à l'*homo œconomicus* qui n'agirait que pour la satisfaction de ses intérêts privés, l'*homo politicus* participe par l'expression de sa voix à la définition de l'intérêt général. Ce serait au travers de l'octroi et de l'exercice de droits de vote et d'expression que naîtrait en l'individu le sentiment de participer à un groupe collectivement administré. Sans en minorer l'importance, on sait néanmoins le faible succès qu'a eu l'octroi de ces droits de participation procédurale sur la constitution d'un « esprit » politique européen (35). Les raisons en sont nombreuses et certaines pratiques nationales de rétention du discours politique à l'échelon interne n'y sont pas étrangères. On peut regretter, par exemple, la décision de la Cour constitutionnelle allemande de n'exiger aucun seuil de représentativité minimale dans le cadre des élections parlementaires européennes, contrairement aux élections nationales, sous prétexte que de telles élections n'auraient pas vocation à dégager une majorité stable de gouvernement (36). Ce type de posture est de nature à freiner la structuration d'une offre politique cohérente à l'échelle européenne et, par conséquent, l'implication de l'électeur dans ce type de vote et la formation de son esprit politique européen. De même, l'idée est répandue que le citoyen émet ses préférences politiques dans un cadre prioritairement national et que, par conséquent, le renforcement du sentiment démocratique européen doit passer par l'augmentation du rôle des parlements nationaux, et non par celui de la représentation européenne (37). En pratique, cela se traduit davantage par un pouvoir de blocage que par un accroissement de légitimité comme le montrent les premières utilisations de la procédure d'« early warning system » sur le fondement du respect de la subsidiarité (38). L'explication à cette difficulté de translater le débat politique sur la scène européenne malgré l'existence formelle de procédures de participation citoyenne tient notamment au manque de corrélation entre l'existence des droits politiques institués au niveau européen et la manière de les exercer qui demeure nationalo-centrée. Dans l'Union européenne, le déficit démocratique va de pair avec un faible sentiment d'identité commune (39). Dit autrement, ce n'est qu'à la condition que le citoyen se sente pleinement

(35) Selon l'Insee, le taux de participation aux élections européennes de 2009 était en moyenne de 43 % (en France, de 40,6 %).

(36) Bundesverfassungsgericht, 26 février 2014, BvE 2/13 u.a. - 2 BvR 2220/13 u.a.

(37) D. Chalmers, « Democratic self-government in Europe. Domestic solutions to the EU legitimacy crises », *Policy Network Paper*, May 2013, disponible en ligne.

(38) Art. 5, § 3, TUE et art. 6 et 7 du protocole n° 2, utilisés notamment s'agissant de projets législatifs sur la réglementation du droit de grève et sur l'instauration d'un parquet européen.

(39) M. Rosenfeld, « Is global constitutionalism meaningful or desirable ? », *E.J.I.L.*, vol. 25, 2014, spéc. p. 195.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

européen qu'il exprimera sa conception de l'Europe et qu'une organisation du débat politique pourra émerger à l'échelle européenne. Ce qu'il faut donc éveiller est la conscience citoyenne de faire ses choix au-delà de l'État.

C'est en ce sens que l'on peut estimer que les droits de participation de l'individu européen doivent revêtir une dimension substantielle, et non plus seulement procédurale. Il s'agit de créer un *homo habitus* au sens sociologique, celui dont l'action serait influencée par une empreinte sociale sur sa manière d'être (40). L'*homo habitus* serait la condition à l'émergence d'un *homo politicus* véritablement européen. La technique juridique pour y parvenir consiste à substituer un cadre européen de valeurs au cadre national comme système constitutionnel de régulation des rapports sociaux. Il s'agit de poser les bases de ce qui est tolérable ou non au sein de la collectivité européenne ainsi constituée (l'intégrité, la dignité, l'égalité, l'intimité, la vérité, etc.). De cette façon, l'individu se trouve directement concerné par une intégration matériellement constitutionnelle. C'est tout l'enjeu du développement d'une protection des droits fondamentaux propre à l'Union européenne. De cette façon, l'individu peut se sentir non seulement participer *à*, mais aussi *de* l'Union européenne, au sens où la définition des principaux équilibres du contexte social dans lequel il agit provient d'un cadre de valeurs défini au niveau européen. Avant toute chose, cette protection joue afin de dresser un cadre conditionnant l'exercice du pouvoir politique européen, y compris législatif. Par exemple, on peut admettre sans difficulté que, dans l'arrêt *Test-Achats*, lorsque le juge de l'Union contredit l'appréciation du législateur européen considérant que les hommes et les femmes peuvent être traités différemment, une vision d'un modèle social est promue qui s'inscrit dans une certaine tendance du constitutionnalisme (41). Ensuite, la protection européenne de valeurs fondamentales s'étend à l'action des législateurs nationaux en charge de réguler l'organisation de leur propre société. Il a été assez logiquement admis que cette protection des droits fondamentaux soit offerte dans des situations d'exécution européenne étatique (42) ou dans des situations de mobilité transnationale (43). Toutefois, cette protection demeure accessoire. Dans la première hypothèse, la protection européenne des droits fondamentaux de l'individu ne vise qu'à éviter un vide constitutionnel résultant d'un transfert du fondement de l'exercice du pouvoir, tandis que, dans la seconde, elle n'est que le complément du pouvoir d'émancipation dont seul l'usage déclenche son bénéfice. Il importe par conséquent de rendre la protection des valeurs fondamentales du constitutionnalisme européen à la fois plus large et plus directe. L'arrêt *Äkerberg* confirme, malgré la volonté de contention des États exprimée à l'article 51 de la Charte, que l'individu peut revendiquer l'application d'un cadre européen de valeurs dans toutes les situations de rattachement

(40) Pour une définition de l'*habitus* comme inculcation de dispositions durables, voy. P. Bourdieu, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Paris, Seuil, 2000, spéc. p. 282.
(41) C.J.U.E., 1er mars 2011, *Test-Achats*, aff. C-236/09.
(42) C.J.C.E., 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. C-5/88, *Rec.*, p. 2609, spéc. pt 19.
(43) C.J.C.E., 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.*, p. I-2925, spéc. pt 42.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

au droit de l'Union, ce qui maintient ouvertes de larges perspectives (44). L'arrêt *Ruiz Zambrano* crée, quant à lui, une relation immédiate entre l'Union européenne et l'individu pris en tant que tel (45). En consacrant le droit du citoyen et de sa famille de rester sur le territoire de l'Union, la Cour de justice pose les bases d'une appartenance européenne véritablement *supranationale* de l'individu. Dans cette hypothèse, le système européen ne vient plus seulement suppléer un cadre constitutionnel national d'organisation sociale par définition trop limité pour appréhender des situations d'exercice européen du pouvoir ou de mobilité transnationale, mais il le concurrence comme espace alternatif de valeurs et de protections offert à l'individu en tant que tel. La seule protection des droits « essentiels » du citoyen devient le motif de rattachement autonome à l'Union européenne.

Les réticences à la superposition d'un cadre axiologique de valeurs propre à l'Union sont nombreuses. Contrairement au fédéralisme américain et à la doctrine dite de la « full incorporation » qui a vu la juridiction suprême généraliser progressivement le bénéfice du cadre constitutionnel de la fédération, la protection par l'Union de son propre cadre de valeurs se heurte à la répartition des compétences et aux identités nationales. Il est clair que le champ de protection des droits demeure limité, illustrant le caractère partiel du projet d'intégration (46). De même, la porte entrouverte par l'arrêt *Ruiz Zambrano* a rapidement été refermée : seules certaines catégories d'individus, les plus dépendants et forcés pour cette raison à quitter le territoire de l'Union, se trouvent directement protégés par les valeurs du modèle européen de société indépendamment de leur mobilité (47). Dans l'arrêt *O. et S.*, la Cour de justice livre une interprétation réductrice de cette protection : à défaut de dépendance financière du citoyen européen à l'égard du parent éloigné, il n'apparaît pas justifié de proposer un cadre concurrent de protection de ce que recouvre le droit à mener une vie familiale normale dans l'Union européenne (48). Dans l'affaire *Iida*, c'est le défaut de mobilité du membre de la famille du citoyen qui redevient nécessaire pour prétendre bénéficier d'une protection européenne (49). Resurgit la fragmentation de l'individu européen, qui, en tant que tel, ne semble toujours pas en mesure d'être le sujet d'une protection générale d'un cadre de valeurs (50). L'*homo habitus* européen est un être catégoriel. L'individu demeure un sujet national agissant au sein d'un cadre national de valeurs qui continue de façonner prioritairement les grands équilibres de son mode de vie (51). Une première limite à la participation de l'individu à l'œuvre européenne tient donc au

(44) C.J.U.E., 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, spéc. pt 21.
(45) C.J.U.E., 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, spéc. pt 42.
(46) C.J.U.E., ord., 27 mars 2014, *Torralbo Marcos*, aff. C-265/13.
(47) C.J.U.E., 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, aff. C 256/11, spéc. pt 66.
(48) C.J.U.E., 6 décembre 2012, *O. et S.*, aff. C-356/11 et C-357/11, spéc. pt 56.
(49) C.J.U.E., 8 novembre 2012, *Iida*, aff. C-40/11, spéc. pt 72.
(50) D. Martin, « De *Zambrano* à *Dereci* : le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *Rev. dr. trav.*, 2012, nº 6, pp. 339-347.
(51) J. H. H. Weiler, « Individuals and rights - The sour graps », *E.J.I.L.*, 2010, vol. 21, nº 2, spéc. p. 277.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

caractère partiel de l'intégration et aux réticences étatiques à tolérer qu'un cadre alternatif de définition des valeurs sociales soit proposé aux individus.

B. – Le cadre de participation : la question de la justice

Mais il est une seconde limite à cette entreprise pourtant nécessaire au développement d'une conscience individuelle européenne : celle de définir le contenu même du cadre commun de valeurs, ce que l'on peut désigner comme un modèle européen de « justice sociale » au sens large (52). Il est vrai que toute communauté humaine est basée sur des liens de solidarité qui se fondent eux-mêmes sur une certaine idée de la justice (53). En ce sens, la conception du juste ne saurait être que le reflet d'une certaine unité préexistante (54). Ce serait parce que l'Union est incapable de produire les conditions préalables à l'expression de choix moraux ou éthiques communs qu'elle ne possède pas la légitimité suffisante pour proposer son propre modèle de justice (55). Ainsi, des choix moraux tels que celui d'autoriser la consommation de certains produits stupéfiants mis en cause dans l'affaire *Jossemans* (56), ou encore de définir le statut de l'embryon comme ce fut le cas dans l'affaire *Brüstle* (57), devraient rester nécessairement effectués au niveau national en ce qu'ils reflètent les aspirations d'une communauté suffisamment soudée autour d'un idéal de ce qui est bon pour elle et de ce qu'il est juste de croire. En outre, il est certain que l'allocation de droits individuels par l'Union se traduit par une protection principalement concrète, au regard des situations particulières, sans qu'une véritable conception d'ensemble d'une idée abstraite de la justice puisse s'en dégager. L'approche européenne demeure en ce sens immanquablement individualiste : par l'octroi de droits individuels, d'une part, mais aussi par la forme individualisée de contrôle qui est effectuée (58). L'exemple des droits du citoyen le montre bien : ce n'est qu'en cas d'un « certain degré d'intégration » (59), de « sérieux inconvénients » (60), de « privation de la jouissance effective » (61) ou, encore, « lorsque le séjour du citoyen de l'Union dans l'État membre d'accueil est caractérisé par une effectivité suffisante » (62) que la protection

(52) Pour une présentation de la justice sociale comme avoir, être et agir, voy. A. Supiot, « L'idée de justice sociale », in L. Burgorgue-Larsen, *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, pp. 5-30.

(53) M. Walzer, *Sphères de justice – Une défense du pluralisme et de l'égalité*, trad. P. Engel, Paris, Seuil, 1997, spéc. p. 23.

(54) T. Nagel, « The problem of global justice », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, 2005, spéc. p. 115.

(55) F. De Witte, « Sex, drugs and EU law : the recognition of moral and ethical diversity in EU law », *CMLR*, vol. 50, 2013, spéc. pp. 1570 et s.

(56) C.J.U.E., 16 décembre 2010, *Josemans*, aff. C-137/09, *Rec.*, p. 13019.

(57) C.J.U.E., 18 octobre 2011, *Brüstle*, aff. C-34/10.

(58) L. Azoulai, « L'autonomie de l'individu européen et la question du statut », *EUI Working Paper*, 2013/14, spéc. pp. 10-11.

(59) C.J.C.E., 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, *Rec.*, p. 2119, spéc. pt 57.

(60) C.J.U.E., 12 mai 2011, *Runevic-Vardin*, aff. C-391/09, spéc. pt 76.

(61) C.J.U.E., 5 mai 2011, *MacCarthy*, aff. C-434/09, spéc. pt 49.

(62) C.J.U.E., 12 mars 2014, *O. et B.*, aff. C-456/12, spéc. pt 51.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

européenne est déclenchée. Elle ne dépend donc pas d'un cadre de valeurs abstrait mais de circonstances concrètes. Révélatrice de ce renoncement à définir un modèle substantiel de justice est la technique consistant à dériver le contrôle de fond vers des exigences procédurales. Elle impose aux autorités nationales des conditions formelles de transparence, de vigilance ou de cohérence, destinées uniquement à corriger la *manière* de définir le modèle national de justice sans prétendre en influencer le fond. La jurisprudence sur les jeux en ligne en offre une bonne illustration : au regard de l'importance des valeurs morales dans la réglementation de ces activités, c'est avant tout à l'aune d'un test de cohérence et de systématicité que l'intervention nationale est scrutée (63). De cette façon, la légitimité du contrôle de la Cour sur les choix nationaux de société serait davantage assurée (64). On peut y voir une manifestation du recours à un modèle de justice procédurale prônée par ceux qui contestent le pouvoir des juges de se substituer sur le fond au politique (65).

Il est certain que la vision du juste est particulièrement fragmentée dans l'Union, tributaire des modèles nationaux qui reflètent les spécificités de sociétés aux cultures différentes. Pour cette raison, définir à l'échelle européenne un modèle abstrait de justice capable de réinscrire l'exercice de la liberté individuelle dans une sphère collective élargie n'est pas une tâche aisée. Finalement, si l'intégration européenne peut être vue comme produisant un effet individualiste, c'est bien davantage en raison des forces de préservation des compétences et modèles nationaux qu'elle cherche précisément à unifier, qu'au regard d'une prétendue finalité libérale prédéterminée du projet européen. Il y aurait ainsi, du moins à ses débuts, un lien profond entre le fédéralisme, c'est-à-dire la dilatation du niveau politique, et l'individualisme, c'est-à-dire l'émancipation de l'autonomie privée. L'explication que l'on peut avancer à ce lien entre le fédéralisme et l'individualisme tient à ce que l'élargissement de la sphère de collectivité diminue le soutien populaire nécessaire à la création de liens de solidarité. Il faut, pour reprendre l'expression de J. S. Mill, autre figure emblématique du courant libéral, des « sympathies communes » suffisantes pour unir plusieurs collectivités, faute desquelles le désir de vivre ensemble est insuffisant pour accepter un gouvernement politique commun (66). Il est peu contestable, par exemple, qu'en cas de disparités importantes de développement économique entre les composantes de la zone élargie, un consensus sur les questions sociales fondamentales, comme celles du repos dominical, du temps

(63) C.J.C.E., 6 mars 2007, *Placanica e.a.*, aff. jtes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Rec.*, p. 1891, spéc. pts 47 et 53.

(64) 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 et G. Straetmans (eds), *Judging Europe's Judges*, Oxford, Hart Publishing, 2013, spéc. pp. 32-37.

(65) J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980, spéc. pp. 11-43.

(66) J. S. Mill, *Considerations on Representative Government*, 1991, spéc. p. 308, cité par A. Somek, « What is political union ? », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 5, spéc. note 9.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de travail ou encore du revenu minimal, soit difficile à obtenir. Plus l'entité envisagée serait vaste et variée, plus elle peinerait à s'imaginer elle-même comme une seule communauté. Voici ce qui explique probablement le refus catégorique de la Cour de justice à reconnaître une forme de justiciabilité aux principes sociaux de la Charte des droits fondamentaux dans l'affaire *Association de médiation sociale*, alors même que le législateur européen en avait concrétisé la mise en œuvre (67). Elle entend ainsi laisser aux seuls systèmes nationaux le choix de savoir si les droits sociaux doivent faire l'objet d'une protection constitutionnelle et dans quelle mesure. Il est évident que l'idée de justice sociale est clivante : ne la réclament que ceux qui en ont besoin, tandis que ceux qui peuvent s'en dispenser la réfutent. C'est ce qui a conduit J. Rawls à se placer derrière un « voile d'ignorance » pour en justifier le principe et en fixer la teneur au sein d'une société (68). Mais on sait la part d'irréalisme de cette posture prétendument originelle. Et, dans le cas de l'Union européenne, comment faire lorsque la société dont on voudrait assurer la cohésion par un principe partagé de justice sociale reste à construire ? Il semble aventureux de demander aux citoyens et gouvernants européens de s'abstraire de leur situation réelle pour se prononcer idéalement en faveur d'un modèle de solidarité plus large à l'échelle de l'Union.

Sans ignorer ces arguments expliquant le maintien au niveau national de la définition des valeurs morales et sociales fondatrices d'une communauté, on suggérera que la formation d'une conscience individuelle européenne devrait passer par une élévation de ces choix à l'échelle européenne par l'entremise des juges (69). Ce serait alors le système de valeurs qui donnerait naissance à la société, et non l'inverse. La fonction du droit ne serait pas purement expressive, mais aussi constructive (70). Cela implique, au moins dans ses débuts, de forcer quelque peu les cadres de représentation et d'imposer une certaine vision substantielle du juste dans le raisonnement judiciaire européen. Il est loin d'être évident que cette vision soit pleinement partagée par tous, et il est fort probable que la légitimité du procédé soit ardemment discutée. Le risque de renforcer le sentiment d'une intégration subie et juristocratique n'est pas à négliger. Deux arguments peuvent être pourtant avancés pour conclure ces quelques lignes afin de corréler le pouvoir d'émancipation individuelle hors de l'État par un devoir de participation individuelle à l'Union découlant d'une conscience d'appartenance européenne au travers de la définition d'un modèle substantiel de justice. La première raison est empruntée aux critiques du multiculturalisme, qui est une tentative pour définir à partir de la reconnaissance individuelle un point d'équilibre entre la fragmentation de la société en des

(67) C.J.U.E., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12.

(68) J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Seuil, 1997, spéc. pp. 168 et s.

(69) Dans une posture proche, H.-W. Miklitz, « The ECJ between the individual citizen and the member states – A plea for a judge-made European law on remedies », in H.-W. Miklitz et B. De Witte (eds), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Intersentia, 2012, spéc. pp. 360 et s.

(70) C. R. Sunstein, « On the expressive function of law », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, 1996, pp. 2021-2053.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

appartenances culturelles différentes et son unification sur la base de valeurs communes (71). Ces critiques partent de l'idée que, pour combiner des cultures d'appartenance différentes, un troisième terme est nécessaire. En son absence, il n'est point de dialogue interculturel possible, les différences entre les collectivités d'appartenance devenant des sujets d'oppositions, et non de conciliations (72). Pour ce qui nous concerne, cela signifie que la reconnaissance mutuelle des différents modèles nationaux de justice n'est possible que par référence à un modèle commun, faute duquel l'autre n'est perçu que comme un facteur de menace et non de richesse. La deuxième justification que l'on peut avancer en faveur de la définition substantielle d'un modèle européen de justice tient à la présence d'un système institutionnel européen capable d'arbitrer la discussion politique. La difficulté actuelle de l'Union européenne tient à ce que ce cadre, bien que disponible, ne soit pas utilisé comme *forum* de structuration d'une offre politique véritablement européenne. L'élaboration judiciaire d'un modèle européen de justice n'aurait pas pour objet de figer arbitrairement un équilibre de valeurs largement indécidables, mais plutôt pour effet de porter le débat sur la scène politique européenne, qui, de ce fait, commencera d'exister en devenant le lieu d'arbitrage des choix de société. Pour partie, nombre de ces choix sont déjà fortement encadrés, notamment par le système de la Convention européenne des droits de l'homme auquel l'Union adhère, mais, à la différence de ce dernier, l'Union dispose d'un appareil institutionnel suffisamment élaboré pour permettre la discussion démocratique au niveau européen. Cela ne veut pas dire pour autant que les choix identitaires nationaux disparaîtraient. C'est tout l'enjeu du pluralisme constitutionnel et de l'aménagement d'une diversité de standards nationaux au sein de l'unité européenne. Dans l'affaire *Melloni*, la Cour de justice est apparue méfiante à fragiliser l'unité de l'ordre juridique européen lorsqu'un standard commun a été adopté par le législateur de l'Union en brandissant à nouveau l'argument hiérarchique (73). Toutefois, on peut formuler le vœu que l'ouverture au pluralisme constitutionnel puisse constituer la voie susceptible de prolonger le débat inhérent à la discussion démocratique non plus seulement dans l'État, mais au-delà de l'État (74). Ce qui importe est que, dans la mise en relation de schémas identitaires différents, l'Union européenne ne soit pas qu'une simple courroie de transmission, mais qu'elle puisse, elle aussi, proposer son propre modèle de ce qui est juste. C'est à cette condition que l'individu se forgera progressivement une pleine identité européenne au-delà de son identité nationale.

---

(71) C. Taylor, *Multiculturalisme – Différence et Démocratie*, Éd. Aubier, 1994, 142 p. ; W. Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle – Une théorie libérale du droit des minorités*, Paris, La Découverte, 2001, 358 p.

(72) P. Ricœur, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Stock, 2004, spéc. p. 318.

(73) C.J.U.E., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11.

(74) M. Poiares Maduro, « Three claims of constitutional pluralism », in M. Avbelj et J. Komarek (eds), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012, spéc. pp. 76-77.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'identité individuelle dans l'Union européenne : à la recherche de l'homo europeus
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

LA POSITION DU ROYAUME-UNI À L'ÉGARD DE L'ESPACE DE LIBERTÉ, DE SÉCURITÉ ET DE JUSTICE

Christine GUILLARD

Maître de conférences HDR de droit public à l'Université François-Rabelais de Tours
Membre du GERCIE (EA 2110)

De même que la « communautarisation » des questions de visas, d'asile, d'immigration et de libre circulation des personnes, analysée par le professeur Claude Blumann (1), avait été rendue possible par des facultés de non-participation accordées au Royaume-Uni, à l'Irlande et au Danemark, la position de ces États membres à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice est aujourd'hui essentielle pour comprendre la portée et les limites de l'unification de cet espace. Ce sont, en effet, leurs facultés de non-participation (*opt-out*), que le Traité de Lisbonne a étendues à l'ensemble de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), qui expliquent que ces États membres aient accepté la disparition de la structure en piliers. Les clauses d'*opting-out* laissent la faculté à un État, généralement pour un motif d'ordre politique, de ne pas être lié par certaines dispositions (et par les actes pris sur leur fondement), sans empêcher les autres de les adopter. Les États concernés les obtiennent lors de la négociation et en font une condition de leur signature. Si la position du Danemark s'explique par les difficultés de la révision constitutionnelle que nécessiterait au Danemark l'acceptation de la normalisation institutionnelle de cet espace et celle de l'Irlande par sa zone de voyage commune avec le Royaume-Uni, ce dernier est, en revanche, très réticent à l'unification de l'espace. Cette position se traduit par un grand nombre de modalités de différenciation : *opt-out* à l'égard de l'ensemble de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (2), *opt-out* relatif à la définition de la libre circulation des personnes (3), non-participation à la coopération renforcée de Schengen (4) et à celle concernant la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (5) et faculté de

(1) Cl. Blumann, « Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'Union européenne », in M. Borgetto (dir.), *Mélanges Philippe Ardant. Droits et politiques à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 61-76.

(2) Protocole n° 21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice.

(3) Protocole n° 20 sur l'application de certains aspects de l'art. 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au Royaume-Uni et à l'Irlande.

(4) Protocole n° 19 sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne.

(5) *Cf.* décision 2012/714/UE de la Commission du 21 novembre 2012 confirmant la participation de la Lituanie à la coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *J.O.U.E.*, L 323 du 22 novembre 2012, p. 18.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

ne plus être lié, à l'issue de la période de transition de cinq ans (soit à partir du 1er décembre 2014), par les actes adoptés en matière d'entraide répressive, dans l'ancien troisième pilier, pour échapper au contrôle de la Cour de justice (6). Cette dernière hypothèse, appelée le « block-opt-out », est réservée au Royaume-Uni. C'est un cas de différenciation différent des précédents, car ce *block-opt-out* n'implique pas seulement sa non-participation aux nouvelles avancées comme les clauses d'*opting-out*, mais aussi la cessation de l'application d'actes qu'il avait acceptés. Le Royaume-Uni a notifié son intention de bénéficier de ce *block-opt-out*, c'est-à-dire d'être délié, à compter du 1er décembre 2014, des cent trente actes adoptés en matière d'entraide répressive et non modifiés depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, tout en demandant aussitôt une reparticipation (*opt-back-in*) pour trente-cinq actes. L'ampleur des modalités de différenciation comme leur diversité, leur motivation et leur valeur politique et symbolique soulignent la place particulière du Royaume-Uni au sein de cet espace.

La participation de cet État s'y trouve réduite et dépend de sa volonté : volonté de ne pas participer, de ne plus participer, de participer partiellement, de reparticiper… Le risque d'une telle prise en considération de la volonté d'un État membre est celui d'une participation « à la carte », dans laquelle le noyau commun à tous se limite au minimum, le reste étant librement choisi par l'État ou, pire encore, d'un *pick and choose* (7), conduisant l'État à ne participer qu'à ce qu'il veut sans aucune prise en considération des liens entre les actes acceptés ou non, notamment entre les actes initiaux et leur version modifiée. La tentation d'une telle participation existe, comme le montre le choix des actes visés par l'*opt-back-in*, qui relève plus d'un souci de ce qui est de l'intérêt du Royaume-Uni (8) que d'une recherche de cohérence au sein de l'espace. Elle ne surprend guère compte tenu de la conception d'une Union européenne « plus compétitive » et surtout « plus flexible » (9) défendue par l'actuel Premier ministre britannique, David Cameron, lorsqu'il a brandi la menace du retrait de son pays. Elle rappelle l'idée d'Europe à la carte, défendue il y a deux décennies par l'ancien Premier ministre britannique John Major (10). Mais ce risque, connu de longue date, a été pris en considération. La combinaison des différentes clauses d'*opting-out* et d'*opting-in* est encadrée, tant par le juge (11) que par le

(6) Voy. l'art. 10 du protocole nº 36 sur les dispositions transitoires.

(7) *Cf.* A. G. Toth, « The legal effects of the protocols relating to the UK, Ireland and Denmark », in T. Heukels, N. Blokker et M. Brus, *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis*, Kluwer Law International, 1998, pp. 227-252, spéc. p. 237.

(8) *Cf.* HM Government, *Decision pursuant to Article 10 of Protocol 36 to The Treaty on the Functioning of the European Union*, « Explanatory memoranda on measures subject to the decision », July 2013.

(9) « Le coup de poker de David Cameron », *Le Monde.fr*, 25 janvier 2013.

(10) J. Major, Discours prononcé devant l'Université de Leyden le 7 septembre 1994, *Agence Europe*, 10 septembre 1994, nº 6312, pp. 1-2.

(11) C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-77/05, pts 60-68, *Rec.*, p. I-11459 ; C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-137/05, pt 50, *Rec.*, p. I-11593 ; C.J.U.E., 26 octobre 2010, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-482/08, pts 49 et 61.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

droit primaire (12), de façon à préserver un minimum de cohérence au sein de l'espace. Aussi, la participation du Royaume-Uni à cet espace n'est-elle pas entièrement à sa discrétion. Il existe un décalage entre la conception qu'a le Royaume-Uni de son appartenance à l'espace et celle qui se dégage de l'analyse du droit positif. Cette dernière doit permettre, malgré la complexité des modalités de différenciation existantes et de leur articulation, d'éclaircir ce que représente la participation du Royaume-Uni à cet espace, c'est-à-dire de déterminer tant la portée de sa participation que les éléments qui permettent de l'expliciter. D'un côté, la volonté de cet État est indéniablement décisive, mais quelle volonté de participation ou de non-participation se dégage de l'analyse de la combinaison des *opt-out*, des *opt-in* et des coopérations renforcées ? C'est analyser le positionnement précis de cet État à l'égard de l'espace. De l'autre côté, cette volonté n'est ni ne saurait être la seule clé de la participation de cet État à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice. Il reste alors à déterminer comment la recherche de cohérence par le droit positif vient encadrer et éclairer cette participation.

Ainsi, la participation du Royaume-Uni à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice n'est pas entièrement discrétionnaire. Elle dépend certes de sa volonté, c'est-à-dire d'un double refus, de la démarche et d'une partie de l'objet de l'espace (I), mais elle est encadrée par une nécessité de cohérence dans l'acceptation des actes et de leur modification comme dans les domaines de participation acceptés (II).

I. – Une participation partielle trop tributaire de la volonté du Royaume-Uni

Derrière les combinaisons des *opt-out*, des *opt-in* et des coopérations renforcées, on peut schématiser la volonté du Royaume-Uni de ne participer que partiellement à l'espace par un rejet de la normalisation institutionnelle de l'espace qu'entraîne la disparition des piliers (A) et par une acceptation de la seule coopération policière et judiciaire, sans que ce positionnement soit toujours aussi clair (B).

A. – Un rejet de principe de la normalisation institutionnelle de l'espace

La position du Royaume-Uni témoigne d'un refus de principe de participer à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice réformé par le Traité de Lisbonne qui se manifeste par son *opt-out* généralisé et par son absence de participation aux coopérations renforcées de l'espace. C'est tout particulièrement au renforcement du contrôle juridictionnel que cet État est hostile, ce qui explique son *block-opt-out*, c'est-à-dire son retrait partiel de l'espace.

(12) Protocoles n^{os} 19, 21 et 36.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

1. – Un refus de principe de participation à l'espace réformé

Le Royaume-Uni bénéficie d'un régime de non-participation qui couvre tout l'Espace de liberté, de sécurité et de justice. La non-participation est donc la règle (13). Ce champ de l'*opt-out* s'explique par un rejet du recul de la démarche intergouvernementale en matière de justice et d'affaires intérieures lié à la disparition des piliers. C'est pour cette raison qu'il avait obtenu son premier *opt-out* dans ce domaine lors la négociation du Traité de Lisbonne. Il s'opposait à la communautarisation d'une partie du troisième pilier (les dispositions relatives aux visas, à l'asile, à l'immigration et à la libre circulation des personnes (14)), laquelle ne put être réalisée que grâce à des facultés de non-participation accordées au Royaume-Uni et à l'Irlande (15), ainsi qu'au Danemark (16). De même, l'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne ne put être opérée que grâce à la non-participation du Royaume-Uni et de l'Irlande à la coopération renforcée de Schengen, leur permettant de ne pas être en principe liés par cet acquis (17). La normalisation institutionnelle, quoique relative, ayant été généralisée à tout l'espace, l'*opt-out* a lui-même été étendu et les autres modalités de différenciation maintenues, comme la non-participation à la coopération renforcée de Schengen (18).

C'est donc avant tout la suppression des piliers qui motive cet *opt-out* généralisé. Elle conduit à un alignement du droit institutionnel de l'espace sur celui du reste de l'Union (19), avec un retour au droit commun en matière d'instruments législatifs, une progression de la procédure législative ordinaire, même si elle est atténuée par le partage de l'initiative et par les clauses de frein, et par un renforcement du contrôle juridictionnel à l'issue de la période transitoire. C'est tout particulièrement cette juridictionnalisation de l'espace que refuse le Royaume-Uni, comme le montre son *block-opt-out*.

2. – Un refus de principe du renforcement du contrôle juridictionnel

Pendant la période transitoire, le contrôle juridictionnel sur les actes de l'Union qui ont été adoptés avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale

(13) Art. 1er et 2 du protocole no 21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice.
(14) Voy. l'ancien titre IV de la partie 3 du TCE.
(15) *Cf.* ancien protocole no 4 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexé au Traité d'Amsterdam.
(16) *Cf.* ancien protocole no 5 sur la position du Danemark, partie I, annexé au Traité d'Amsterdam.
(17) *Cf.* ancien protocole no 2 intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne annexé au Traité d'Amsterdam.
(18) Protocole no 19 sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne.
(19) Voy. H. Labayle, « Espace de liberté, sécurité et justice – Cadre général », *J.Cl. Europe*, fasc. 2625, nos 64-133.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

reste celui prévu par l'ancien article 35 TUE, sauf lorsque les actes ont été modifiés depuis l'entrée en vigueur du traité, c'est-à-dire « lisbonnisés ». À l'issue de la période transitoire, le contrôle juridictionnel sur ces actes doit être aligné sur celui des autres actes de l'Union. L'article 10 du protocole n° 36 permet au Royaume-Uni de notifier au Conseil, six mois avant l'expiration de la période de transition, qu'il refuse, en ce qui le concerne, le renforcement du contrôle juridictionnel sur les actes adoptés en matière d'entraide répressive et non « lisbonnisés ». Dans ce cas, tous ces actes cessent de s'appliquer à son égard à compter de la fin de la période transitoire.

Malgré son appellation courante, cette faculté n'est pas un *opt-out*, lequel permet à l'État qui en bénéficie de ne pas participer aux actes qui seront pris sur le fondement des dispositions de droit primaire adoptées. L'*opt-out* permet aux autres États membres de procéder à de nouvelles avancées de la construction européenne et de pouvoir adopter de nouveaux actes ou de modifier des actes selon une méthode plus intégrée. Au contraire, l'article 10 entraîne la cessation de la participation du Royaume-Uni à des actes qu'il avait précédemment acceptés et qui avaient même été adoptés à l'unanimité. Il s'écarte de l'esprit qui avait animé jusqu'ici l'intégration différenciée dans l'Union européenne. C'est un retrait partiel de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (20), qui s'explique par le rejet du processus de juridictionnalisation de l'Union européenne (21).

Cette hostilité plus institutionnelle que matérielle se constate aussi au fait que le Royaume-Uni souhaite participer de nouveau à certains actes : le Royaume-Uni ne rejette que partiellement l'objet de l'espace.

B. – Un rejet partiel de l'objet de l'espace

Si la non-participation du Royaume-Uni est le principe, cet État peut, par exception, participer soit à des actes existants, soit à l'adoption de nouveaux actes. On peut constater qu'il ne participe généralement pas aux actes du volet migratoire, tandis qu'il participe souvent à la coopération policière et judiciaire.

1. – Le rejet de principe du volet migratoire

La non-participation du Royaume-Uni s'explique aussi par sa conception de la libre-circulation des personnes. Un protocole rappelle sa position de

(20) Voy. H. Labayle, « *Within you, without you* : l'*opt-out* britannique en matière d'entraide répressive », *Europe*, n° 2, février 2013, étude n° 2 ; H. Brady, *Cameron's European « Own Goal » : Leaving EU Police and Justice Co-operation*, Centre for European Reform, octobre 2012 ; A. Hinarejos, J.R. Spencer et S. Peers, *Opting out of EU Criminal Law : What is Actually Involved ?*, CELS Working Paper, New Series, n° 1, Centre for European Legal Studies, Cambridge, septembre 2012.

(21) Sur ce processus, voy. G. Bachoué-Pedrouzo, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne. Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, thèse, Bayonne, 2012.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

principe (22) : le Royaume-Uni peut instaurer ou exercer des contrôles qu'il considère nécessaires sur les personnes souhaitant entrer sur son territoire à ses frontières avec d'autres États membres, sans que n'y fasse obstacle aucune disposition des traités (y compris les art. 26 et 77 TFUE). Cette position, liée à son insularité (23), explique sa non-participation aux politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, qui visent à supprimer les contrôles aux frontières intérieures pour leur substituer des contrôles et une surveillance plus efficace du franchissement des frontières extérieures et mettre en place progressivement un système intégré de gestion des frontières extérieures (24).

Ce refus de l'absence de contrôle aux frontières avec les autres États membres a déterminé la non-participation du Royaume-Uni à la coopération renforcée de Schengen, dont le principe de base est la suppression des contrôles aux frontières intérieures (25), alors que tous les autres États membres (sauf l'Irlande en raison de la zone de voyage qu'elle a en commun avec le Royaume-Uni) y prennent part (26).

En revanche, le Royaume-Uni accepte globalement la coopération policière et judiciaire.

2. – L'acceptation en recul de la coopération policière et judiciaire

Le Royaume-Uni accepte de participer partiellement à l'espace, plus précisément à la coopération policière et judiciaire.

Plusieurs instruments sont à sa disposition : l'acceptation partielle d'une partie de l'acquis de Schengen (27), la participation à son développement (28), l'acceptation de certaines mesures non liées à Schengen (29), la participation à l'adoption de telles mesures (30), la participation à une coopération renforcée de droit commun (31) ou à une coopération renforcée spécifique à cet espace (32).

S'agissant de la coopération renforcée Schengen, l'article 4 du protocole n° 20 lui permet de demander à tout moment de participer à tout ou partie

(22) Protocole n° 20 sur l'application de certains aspects de l'art. 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au Royaume-Uni et à l'Irlande.

(23) Voy. S. Adalid, A. Berkes, M. Combet, A. Compain, C. Corso, S. De Sanctis, L. Delgado, R. Di Noto, L. Dumont, Y. El Boustani, M. Garcia, S. Labayle, L. Le Barreau, Cl. Mazille, J.-S. Queguiner, M. Roccati, I. Verdier-Büschel et Kr. Warylewska, « L'Espace de liberté sécurité justice : un droit à géographie variable ? », *Rev. trim. dr. eur.*, 2013, p. 828.

(24) Art. 77 TFUE.

(25) Voy. H. Labayle, « La suppression des contrôles aux frontières intérieures de l'Union », in Cl. Blumann (dir.), *Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 19-54.

(26) Art. 1er du protocole n° 19.

(27) Art. 4 du protocole n° 19.

(28) Art. 5 du protocole n° 19.

(29) Art. 4 du protocole n° 21.

(30) Art. 3 du protocole n° 21.

(31) Art. 20 TUE.

(32) Art. 82, § 3, al. 2, 83, § 3, al. 2, 86, § 1er, al. 3, et 87, § 3, al. 3, TFUE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des dispositions de l'acquis de Schengen. Le Conseil statue sur la demande à l'unanimité des membres participant à la coopération renforcée et du représentant du Royaume-Uni. Ainsi, le Royaume-Uni a sollicité et obtenu l'autorisation de participer à certaines des dispositions de l'acquis de Schengen (33). Le Royaume-Uni a repris les dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale et à la lutte contre les stupéfiants et celles concernant le SIS dans la mesure où elles ont trait à ces questions.

Cette acceptation de la coopération policière et judiciaire se constate aussi dans l'analyse des *opt-in* sur le fondement du protocole n° 21. Le Royaume-Uni peut demander d'appliquer des dispositions existantes. Dans ce cas, la procédure d'adhésion à une coopération renforcée s'applique *mutatis mutandis*. La Commission doit donc confirmer la participation, sauf si les éventuelles conditions de participation ne sont pas remplies. Le Royaume-Uni peut aussi participer à l'adoption d'actes. Il a accepté la plupart des actes adoptés en matière de coopération judiciaire civile, soit dès leur adoption (34), soit ultérieurement (35), de même qu'il a fait jouer son *opt-in* lors de l'adoption de nombreux actes du domaine de l'entraide répressive (36) ou les a acceptés plus tard (37).

---

(33) *Cf.* décision 2000/365/CE du Conseil du 29 mai 2000 relative à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, *J.O.C.E.*, L 131 du 1er juin 2000, p. 43.

(34) *Cf.* décision 2001/470/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matières civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L 174 du 27 juin 2001, p. 25 ; règlement n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, *J.O.U.E.*, L 174 du 27 juin 2001, p. 1 ; règlement n° 743/2002 du Conseil du 25 avril 2002 établissant un cadre général communautaire d'activités en vue de faciliter la coopération judiciaire en matière civile, *J.O.U.E.*, L 115 du 1er mai 2002, p. 1 ; règlement n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, *J.O.U.E.*, L 338 du 23 décembre 2003, p. 1 ; règlement n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *J.O.U.E.*, L 143 du 30 avril 2004, p. 15 ; règlement n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, *J.O.U.E.*, L 199 du 31 juillet 2007, p. 1 ; règlement n° 664/2009 du Conseil du 7 juillet 2009 instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les États membres et des pays tiers concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements et des décisions en matière matrimoniale, de responsabilité parentale et d'obligations alimentaires, ainsi que sur le droit applicable en matière d'obligations alimentaires, *J.O.U.E.*, L 200 du 31 juillet 2009, p. 46 ; règlement n° 606/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile, *J.O.U.E.*, L 181 du 29 juin 2013, p. 4.

(35) *Cf.* décision 2009/26/CE de la Commission du 22 décembre 2008 sur la demande du Royaume-Uni d'accepter le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.U.E.*, L 10 du 15 janvier 2009, p. 22 ; décision 2009/451/CE de la Commission du 8 juin 2009 sur l'intention du Royaume-Uni d'accepter le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, *J.O.U.E.*, L 149 du 12 juin 2009, p. 73.

(36) Voy., p. ex., la directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Néanmoins, l'acceptation des actes dans ces domaines n'est pas systématique. Ainsi, en matière de coopération judiciaire civile, le Royaume-Uni ne participe pas à la coopération renforcée relative à la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

En matière d'entraide répressive, il n'a pas participé à plusieurs actes (38). Il n'est pas certain non plus qu'il participerait à une autre coopération renforcée en matière d'entraide répressive notamment à l'une de celles spécifiques à ce domaine. Surtout, cet État a fait jouer son *block-opt-out*. Certes, il a indiqué sa volonté d'un *opt-back-in* à des actes qu'on peut considérer comme clés dans l'entraide répressive (concernant, p. ex., Europol, Eurojust ou le mandat d'arrêt européen), mais qui ne représenteraient que trente-cinq actes sur cent trente. Cet État n'a pas demandé de participer de nouveau à un certain nombre d'actes concernant principalement les standards minimaux, l'échange d'informations et la coopération transfrontalière, ainsi qu'à des accords de l'Union européenne avec des États tiers. Son rejet du processus de juridictionnalisation l'a emporté sur son adhésion matérielle à la coopération judiciaire.

Ainsi, la participation du Royaume-Uni à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice reste trop tributaire de sa volonté, qui n'est pas de participer à une matière en bloc, mais de conserver un choix en fonction de chaque acte. Si ce choix était totalement libre, il conduirait à une combinaison très complexe des *opt-out*, des *opt-in* et des coopérations renforcées. Cependant, le droit positif encadre leur mise en œuvre en conservant une certaine cohérence au droit de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice.

J.O.U.E., L 335 du 17 décembre 2011, p. 1 ; la directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, *J.O.U.E.*, L 315 du 14 novembre 2012, p. 57 ; la directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil, *J.O.U.E.*, L 218 du 14 août 2013, p. 8 ; la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, *J.O.U.E.*, L 130 du 1er mai 2014, p. 1.

(37) *Cf.* décision 2011/692 de la Commission du 14 octobre 2011 relative à la demande du Royaume-Uni d'accepter la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, *J.O.U.E.*, L 271 du 18 octobre 2011, p. 49.

(38) Voy., p. ex., le règlement no 513/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création, dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier à la coopération policière, à la prévention et à la répression de la criminalité ainsi qu'à la gestion des crises, et abrogeant la décision 2007/125/JAI du Conseil, *J.O.U.E.*, L 150 du 20 mai 2014, p. 93 ; la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, *J.O.U.E.*, L 294 du 6 novembre 2013, p. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. – Une participation partielle nécessairement cohérente

La participation du Royaume-Uni à l'espace est doublement encadrée. Il faut assurer non seulement une cohérence dans l'acceptation des actes et de leur version modifiée (A), mais aussi, ce qui est plus difficile, conserver une certaine cohérence dans la participation à des actes adoptés sur des sujets très proches (B).

A. – Une cohérence dans l'acceptation des actes et de leur modification

Le protocole nº 19 et la jurisprudence encadrent la participation partielle à la coopération Schengen, tandis que le protocole nº 21 assure la cohérence dans l'acceptation des autres mesures relevant de l'espace.

1. – La cohérence dans la participation partielle à la coopération Schengen

Pour éviter le *pick and choose* et la formation d'un « Schengen à la carte » (39), les facultés de participation à l'acquis de Schengen et à son développement (40) sont encadrées. Le but est d'éviter à la fois le non-développement d'une partie acceptée de l'acquis et la participation au développement d'une part de l'acquis non acceptée.

Quand le Conseil a autorisé la participation partielle du Royaume-Uni à l'application de l'acquis de Schengen, il a précisé qu'à compter de leur date d'adoption, cet État est réputé avoir notifié irrévocablement au président du Conseil, conformément à l'article 5 du protocole Schengen, qu'il souhaite participer à toutes les propositions et initiatives fondées sur l'acquis de Schengen qu'il a acceptées en vertu de cette décision (41). Cette disposition visait à éviter l'acceptation de l'acquis de Schengen sans participation à son développement ultérieur. Autrement dit, il n'y avait pas de possibilité d'*opt-out* à l'*opt-in* (42). Le Traité de Lisbonne a confirmé que le Royaume-Uni peut être réputé, en vertu d'une décision au titre de l'article 4 du protocole nº 19, avoir procédé à une notification. Le Traité de Lisbonne laisse néanmoins la faculté au Royaume-Uni de notifier par écrit au Conseil, dans un délai de trois mois, qu'il ne souhaite pas participer à un acte développant une partie de l'acquis de Schengen qu'il a acceptée (43). Dans ce cas, cet

(39) R. Rupprecht, « Justiz und Inneres nach dem Amsterdamer Vertrag », *Integration*, 1997, nº 4, pp. 264-284, spéc. p. 268.

(40) Art. 4 et 5 du protocole nº 19.

(41) Art. 8, § 2, de la décision 2000/365/CE du Conseil du 29 mai 2000 relative à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen.

(42) C. Chevallier-Govers, « Le traité de Lisbonne et la différenciation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in E. Brosset, C. Chevallier-Govers, V. Edjaharian et C. Schneider (dir.), *Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 263-286, spéc. p. 282.

(43) Art. 5, § 2, du protocole nº 19.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

État ne participe pas à l'adoption de l'acte projeté. La procédure d'adoption de l'acte projeté est alors suspendue. Pour éviter le *pick and choose*, le protocole prévoit l'adoption d'une décision (44) qui met fin à l'application d'une partie de l'acquis de Schengen par cet État membre à compter de la date d'entrée en vigueur de la mesure proposée et non adoptée par l'État. Cette décision précise dans quelle mesure la décision d'acceptation d'une partie de l'acquis de Schengen cesse de s'appliquer. Le protocole indique sur quels critères se fonde cette décision : la plus grande participation possible de l'État membre concerné, l'absence d'atteinte grave au fonctionnement pratique des différentes composantes de l'acquis de Schengen et leur cohérence. Il s'agit de ne pas mettre en place un système de *pick and choose* et de remettre en cause la cohérence des composantes de l'acquis de Schengen, sous prétexte d'ouvrir partiellement la coopération Schengen. Compte tenu de la lourdeur de la procédure et de ses conséquences rigoureuses pour l'État concerné, il est peu probable que le Royaume-Uni refuse de participer à l'adoption d'un acte fondé sur une partie de l'acquis de Schengen qu'il a acceptée. La disposition va dans le sens d'une participation à la fois accrue et cohérente.

Le protocole sur l'acquis de Schengen ne prévoit explicitement rien en cas de notification d'un État de sa participation à l'adoption d'un acte, alors qu'il constitue le développement d'une partie de l'acquis de Schengen qu'il n'a pas acceptée, mais la jurisprudence permet de refuser la participation au développement d'une partie de l'acquis non acceptée. La Cour de justice a rejeté les recours contre des actes adoptés sans le Royaume-Uni, malgré la notification de son intention de participer, parce qu'ils étaient fondés sur des dispositions de l'acquis qu'il n'avait pas acceptées (45). La Cour interprète le protocole de façon à limiter les risques d'incohérence et, notamment, de

(44) L'adoption de la décision ne doit pas être trop tardive compte tenu de la suspension de la procédure d'adoption de l'acte projeté. C'est pourquoi la Commission présente sa proposition le plus tôt possible après la notification de l'État en question. Pour les mêmes raisons, le Conseil doit prendre la décision si nécessaire après la convocation de deux sessions successives et dans un délai de quatre mois à compter de la proposition de la Commission. Il se prononce à la majorité qualifiée, ce qui devrait faciliter l'adoption de la décision. Néanmoins, vu que la conciliation entre ouverture et cohérence peut s'avérer délicate, l'art. 5 du protocole envisage les cas où le Conseil ne parviendrait pas à la prendre dans le délai imparti. Il comporte d'abord une clause d'appel. À l'expiration du délai, un État membre peut demander que le Conseil européen soit saisi de la question. Dans ce cas, lors de sa réunion suivante, le Conseil européen, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, adopte une décision. Il doit se baser sur les critères précités. Si le Conseil européen ne parvient pas non plus à prendre la décision, il est mis fin à la suspension de la procédure d'adoption de la mesure fondée sur l'acquis de Schengen. Dans ce cas, c'est à la Commission d'adopter, selon les mêmes critères, une décision précisant dans quelle mesure et à quelles conditions la décision prise sur le fondement de l'art. 4 du protocole cesse de s'appliquer à compter de la date d'entrée en vigueur de la mesure. La Commission prend cette décision au plus tard à la date d'adoption de la mesure. Il est probable qu'elle reprenne les termes de la proposition présentée au Conseil quelques mois plus tôt. L'État peut retirer sa notification de non-participation à tout moment pendant cette procédure, ce qui y met fin.

(45) C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-77/05, pts 60-68, *Rec.*, p. I-11459 ; C.J.C.E., 18 décembre 2007, aff. C-137/05, *Royaume-Uni c. Conseil*, pt 50, *Rec.*, p. I-11593 ; C.J.U.E., 26 octobre 2010, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-482/08, pt 61.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pick and choose. Elle relève que les mesures visées à l'article 5 sont fondées sur l'acquis de Schengen et doivent donc logiquement être « conformes aux dispositions qu'elles mettent en œuvre ou dont elles constituent un développement, de sorte qu'elles présupposent l'acceptation tant de ces dispositions que des principes qui en constituent le fondement ». Elle en déduit que la participation d'un État membre à l'adoption d'une mesure en application de l'article 5 du Protocole de Schengen n'est envisageable « que pour autant que cet État a souscrit au domaine de l'acquis de Schengen dans lequel s'inscrit la mesure à adopter ou dont elle constitue un développement ». Pour appliquer cette partie de l'acquis de Schengen, il faut y avoir été autorisé par le Conseil en application de l'article 4 du protocole. Ainsi, le Royaume-Uni et l'Irlande ne peuvent pas être admis à participer, en application de l'article 5, à l'adoption d'une mesure fondée sur l'acquis de Schengen « sans avoir, au préalable, été autorisés par le Conseil à souscrire au domaine de l'acquis dans lequel ladite mesure trouve son fondement ». Elle conclut que l'article 5 du Protocole de Schengen n'a vocation à s'appliquer qu'aux propositions et aux initiatives fondées sur un domaine de l'acquis de Schengen auquel le Royaume-Uni et/ou l'Irlande ont été admis à participer en application de l'article 4 du même protocole (46). La Cour de justice protège ainsi la cohérence et l'intégrité de l'acquis de Schengen. Elle a ensuite ajouté un argument plus général : « la cohérence de l'acquis de Schengen et de ses futurs développements implique que les États qui participent à cet acquis ne soient pas obligés, lorsqu'ils le font évoluer et approfondissent la coopération renforcée qu'ils ont été autorisés à mettre en place par l'article 1er du Protocole de Schengen, de prévoir des mesures spéciales d'adaptation pour les autres États membres qui n'ont pas participé à l'adoption des mesures relatives à des étapes antérieures de cette évolution » (47). La cohérence l'emporte sur la libre participation.

Cette recherche de cohérence vaut aussi pour les actes non fondés sur l'acquis de Schengen.

2. – La cohérence dans l'acceptation d'une mesure et de sa version modifiée

Pour éviter une mauvaise articulation des facultés de participation (48), l'article 4*bis* encadre l'*opt-in* à l'adoption d'une mesure de façon à éviter la non-participation à une version modifiée d'une mesure acceptée. En principe, l'acte modificatif d'une mesure acceptée par le Royaume-Uni ne lie cet État que s'il le décide, mais le Conseil, statuant sur proposition de la Commission, à une majorité qualifiée des membres participants, peut l'engager à notifier sa participation s'il décide que la non-participation du Royaume-Uni à la version modifiée d'une mesure existante rend l'application de cette mesure impraticable pour d'autres États membres ou l'Union. En l'absence

(46) C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-77/05, pts 60-68.
(47) C.J.U.E., 26 octobre 2010, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-482/08, préc., pt 49.
(48) Art. 3 et 4 du protocole nº 21.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de notification dans un délai de deux mois, la mesure existante ne lie plus le Royaume-Uni et n'est plus applicable à son égard.

Cette décision oblige ainsi le Royaume-Uni à choisir entre tout ou rien : l'acte et sa version modifiée ou aucun des deux. Elle limite le risque de *pick and choose*. Toutefois, elle ne le fait pas totalement disparaître. D'une part, contrairement à ce que prévoit le protocole n° 19 pour le développement de l'acquis de Schengen, la non-participation à la version modifiée est le principe. Il faut une décision explicite du Conseil pour pousser le Royaume-Uni à participer (49). D'autre part, un seul critère est posé : la praticabilité. On peut penser que la prise en compte de ce critère a pour effet d'assurer une certaine cohérence de l'acquis, mais plus limitée que pour celui de Schengen.

Le protocole n° 21 ne donne pas explicitement au Conseil la possibilité de s'opposer à l'acceptation de la version modifiée d'une mesure qui ne lie pas le Royaume-Uni. Cependant, on peut penser que les institutions peuvent éviter le *pick and choose* en refusant cette participation. De même que la Cour de justice protège la cohérence et l'intégrité de l'acquis de Schengen, elle pourrait protéger celles des autres mesures de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice. La considération selon laquelle de telles mesures doivent être conformes aux dispositions qu'elles mettent en œuvre ou dont elles constituent un développement, de sorte qu'elles présupposent l'acceptation tant de ces dispositions que des principes qui en constituent le fondement (50), est tout aussi pertinente et justifie une liaison entre les articles 3 et 4 du protocole n° 21. Cette interprétation des articles 3 et 4 est également « conforme à la finalité poursuivie » par ces dispositions et « de nature à assurer pleinement l'effet utile de chacune de ces deux dispositions » (51).

Les protocoles et la jurisprudence prémunissent contre le risque d'incohérence entre l'acceptation d'un acte et sa modification. C'est le cas le plus criant d'incohérence, mais il faut aussi veiller à une relative cohérence de la matière appliquée, ce qui est plus difficile à réaliser.

(49) En pratique, pour bien souligner la nécessité d'un lien entre un acte initial et sa version modifiée, les institutions prennent soin de mentionner non seulement l'art. 3, mais aussi l'art. 4*bis*. *Cf*. cons. 7 du règlement n° 543/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 modifiant la décision 2005/681/JAI du Conseil instituant le Collège européen de police (CEPOL) ; cons. 14 du règlement n° 542/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant modification du règlement (UE) n° 1215/2012 en ce qui concerne les règles à appliquer relatives à la juridiction unifiée du brevet et à la Cour de justice Benelux.

(50) C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-77/05, pt 61, *Rec*., p. I-11459.

(51) *Ibid*., pt 64.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

B. – Une cohérence difficile entre les domaines de participation acceptés

On peut rechercher cette cohérence lors de la mise en œuvre des *opt-in* et plus encore lors de l'examen de la combinaison du *block-opt-out* et de l'*opt-back-in* pour éviter de morceler l'acquis relatif à l'entraide répressive.

1. – L'encadrement difficile des *opt-in*

Les protocoles nos 19 et 21 ne prévoient explicitement la cohérence qu'entre les actes initiaux et leur version modifiée. On peut néanmoins penser qu'il est possible d'encadrer les *opt-in* pour assurer la cohérence entre les sujets de participation et de non-participation. On constate déjà une volonté des institutions d'assurer cette cohérence.

C'est ce qu'a fait la décision relative à la participation du Royaume-Uni à une partie de l'acquis de Schengen (52). Il participe à une partie homogène de cet acquis : les dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale et à la lutte contre les stupéfiants et celles concernant le SIS dans la mesure où elles ont trait à ces questions. La Commission a souligné la nécessité d'une acceptation d'une partie intrinsèquement cohérente de l'acquis et a été suivie par le Conseil. Ainsi, le Royaume-Uni ne peut pas accéder aux fichiers relatifs à la libre circulation des personnes s'il n'accepte pas les dispositions relatives à cette matière (53).

Il en va de même lors de la mise en œuvre du protocole no 21 relatif aux autres mesures. Son article 4*bis*, qui ne règle pourtant que la modification de mesures existantes de l'espace, est cité pour justifier une limitation de la participation du Royaume-Uni aux questions couvertes par les actes qu'il a acceptés (54). Il faut aussi veiller à l'articulation entre les protocoles pour éviter l'application d'une partie des actes de l'espace de liberté et de justice sur le fondement du protocole no 21 sans participation parallèle à la partie de l'acquis de Schengen ayant trait au même domaine (55).

---

(52) *Cf.* décision no 2000/365/CE du Conseil du 29 mai 2000 relative à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, préc.

(53) Commission, avis sur la demande du Royaume-Uni de participer à une partie des dispositions de l'acquis de Schengen, *SEC*(99) 1198 final, 7 p.

(54) Cons. 43 de la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, *J.O.U.E.*, L 127 du 29 avril 2014, p. 39 : « Conformément aux articles 1er et 2 et à l'article 4*bis*, paragraphe 1, du protocole no 21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, annexé au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et sans préjudice de l'article 4 dudit protocole, le Royaume-Uni ne participe pas à l'adoption de la présente directive et n'est pas lié par celle-ci ni soumis à son application. Sous réserve de sa participation conformément à l'article 4 dudit protocole, le Royaume-Uni doit être lié par la présente directive uniquement en ce qui concerne les infractions couvertes par les instruments par lesquels il est lié. »

(55) Voy. B. Van Simaeys et J.-Y. Carlier, « Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice », in Y. Lejeune (dir.), *Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, 1998, pp. 227-285, spéc. p. 264.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

On peut penser qu'un encadrement des *opt-in* en vue d'assurer la cohérence matérielle des actes respectivement acceptés ou non est conforme au droit de l'Union. La jurisprudence relative à la cohérence de l'acquis de Schengen semble aller en ce sens (56). La différenciation devrait de plus en plus amener le juge à jouer un rôle crucial pour garantir l'unité et la cohérence du droit de l'Union européenne (57). Vu que la participation à l'acquis de Schengen et à son développement constitue une coopération renforcée spéciale et que l'acceptation d'actes de l'espace suppose une décision sur le fondement de l'article 331 TFUE, relatif à l'adhésion à une coopération renforcée, on peut aussi citer l'article 334 TFUE, aux termes duquel le Conseil et la Commission assurent la cohérence des actions entreprises dans le cadre d'une coopération renforcée, ainsi que la cohérence de ces actions avec les politiques de l'Union, et coopèrent à cet effet. On pourrait interpréter les articles 4 et 5 du protocole n° 19 et les articles 3, 4 et 4*bis* du protocole n° 21 en les combinant avec l'article 334 TFUE. Si, comme le souligne M. Joël Rideau, on « imagine difficilement, en effet, que le juge puisse censurer un texte au nom du principe général de cohérence dont le respect semble plutôt devoir relever de l'appréciation politique », il n'est « pas cependant exclu que ces clauses puissent servir au juge de support à une interprétation des textes allant dans le sens de la cohérence » (58).

Cette cohérence matérielle reste pour l'instant incertaine, mais pourrait permettre d'encadrer la mise en œuvre des *opt-in*. Elle doit aussi orienter les décisions du Conseil et de la Commission dans le cas particulier de l'*opt-back-in*.

2. – L'encadrement difficile de l'*opt-back-in*

Après son *block-opt-out*, le Royaume-Uni entend exercer son *opt-in-back*. Une fois que les actes de l'ancien troisième pilier ont cessé de s'appliquer à son égard, il peut, à tout moment, notifier au Conseil son souhait de participer de nouveau à certains (59). Avant même la fin de la période transitoire, il a fait savoir qu'il voulait reprendre trente-cinq actes.

Cependant, cette faculté est encadrée. La participation requiert des décisions, conformément aux protocoles n^{os} 19 et 21, du Conseil pour les actes relevant de l'acquis de Schengen et de la Commission pour les autres. Pour éviter un trop long temps de suspension de l'application de l'acquis (*gap*) qui pourrait nuire au fonctionnement pratique de l'entraide répressive, ces

(56) C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-77/05, pts 60-68, *Rec.*, p. I-11459 ; C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-137/05, pt 50, *Rec.*, p. I-11593 ; C.J.U.E., 26 octobre 2010, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-482/08, pts 49 et 61, cités *supra*.

(57) *Cf.* J. Shaw, « Flexibility and legitimacy in the domain of the treaty establishing the European Community », in M. Den Boer, A. Guggenbühl et S. Vanhoonacker (dir.), *Coping with Flexibility and Legitimacy after Amsterdam*, IEAP, 1998, pp. 85-111, spéc. p. 106.

(58) J. Rideau, « Union européenne. Nature, valeurs et caractères généraux », *J.Cl. Europe*, fasc. 110, 2010, n° 316.

(59) Art. 10, § 5, du protocole n° 36.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

décisions sont préparées en même temps que l'examen des conséquences (60) du *block-opt-out* et, donc, avant même la notification officielle de l'*opt-in-back*, de façon à être adoptées très rapidement avant la fin de la période de transition.

Ces décisions doivent prendre en considération trois critères : la plus grande participation possible du Royaume-Uni à l'acquis de l'Union relatif à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, l'absence d'atteinte grave au fonctionnement pratique de ses différentes composantes et leur cohérence. Pour mieux analyser ces critères, l'adoption de ces deux décisions devrait être coordonnée. Les exigences de cohérence et de fonctionnement pratique peuvent mettre en évidence le lien entre plusieurs mesures, alors que cet État ne souhaitait participer qu'à certaines. La liste des actes faisant l'objet de l'*opt-back-in* risque donc de s'écarter des souhaits du Royaume-Uni. Pour assurer la plus large participation possible de cet État, les institutions pourraient proposer un *opt-back-in* élargi à d'autres actes. Mais le Royaume-Uni pourrait, au contraire, préférer n'appliquer aucun de ces actes. On peut en douter compte tenu de son acceptation matérielle de l'entraide répressive.

Compte tenu de la cessation de l'application de l'ensemble des actes non lisbonnisés en matière d'entraide répressive, cette recherche de cohérence recouvre deux hypothèses : la cohérence avec les actes lisbonnisés, ou sur le point de l'être, liant le Royaume-Uni et les actes objets de l'*opt-in* et la cohérence dans l'acceptation et la non-acceptation d'actes. S'agissant de la cohérence avec les actes lisbonnisés ou sur le point de l'être, l'*opt-in* du Royaume-Uni à la version modifiée justifie l'acceptation de l'acte initial, du moins s'il n'est pas totalement remplacé. Mais un autre *opt-back-in* peut toujours être fait ultérieurement. Se pose aussi un problème de proximité de sujets des actes « lisbonnisés » (droits procéduraux, trafic d'êtres humains, exploitation sexuelle des enfants ou, encore, migration du système d'information Schengen) et des autres, qui rejoint le problème plus large de cohérence entre participation et non-participation. S'agissant de celle-ci, la combinaison du *block-opt-out* et d'un *opt-back-in* à certains actes exclut par hypothèse une participation à l'ensemble de l'entraide répressive, mais, à défaut d'une participation par bloc, il faut un minimum de cohérence matérielle. On peut envisager plusieurs exemples d'incohérences. Le premier a trait aux actes relatifs au même objet. Les critères de cohérence et de fonctionnement pratique impliquent une participation soit à tous, soit à aucun. Par exemple, le Royaume-Uni a envisagé de participer à Europol, sans faire jouer son *opt-back-in* sur certains actes liés (61). La Commission pourrait

(60) Il s'agit notamment des arrangements transitoires nécessaires et des conséquences financières du *block-opt-out*. *Cf.* art. 10, § 4, du protocole n° 36.

(61) Décision 2009/934/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 portant adoption des règles d'application régissant les relations d'Europol avec ses partenaires, notamment l'échange de données à caractère personnel et d'informations classifiées, *J.O.U.E.*, L 325 du 11 décembre 2009, p. 6 ; décision 2009/935/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 établissant la liste des États et organisations tiers avec lesquels Europol conclut des accords, *J.O.U.E.*, L 325 du

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

se fonder sur les critères de cohérence et de faisabilité pour demander une participation à tous les actes relatifs à Europol. Le champ de l'*opt-back-in* pourrait ainsi être étendu. Un deuxième exemple a trait à l'inséparabilité pratique de certains actes. Le professeur Henri Labayle donne comme exemple la difficulté de séparer la collecte commune des informations, institutionnalisée ou pas, et leur partage (62). Un troisième cas de figure réside dans la cohérence entre la réalité sur le terrain et le droit applicable. Par exemple, le Royaume-Uni aurait souhaité maintenir les contacts établis dans le réseau judiciaire européen, mais en cessant d'être lié par l'acte qui le concerne (63), ce qui n'est pas conforme aux exigences de praticabilité et de cohérence.

Un autre cas de figure est plus limite : des questions séparables, mais proches. Ainsi, pourrait-on imaginer une nécessaire participation à tous les actes relevant d'un même sous-domaine (comme la reconnaissance mutuelle ou la coopération transfrontalière) ? Ce n'est pas certain. Imposer des choix de participation à toute une composante de l'acquis viderait en partie de son objet soit le *block-opt-out* en cas de participation, soit le critère de la participation la plus large possible en cas de refus. La conciliation des trois critères pourrait être interprétée comme allant dans le sens d'une conception assez étroite de celui de la cohérence. Pourtant, pousser jusqu'à son terme, la logique de cohérence impliquerait un refus ferme d'une participation partielle à chaque composante de l'acquis de l'espace. Lors de la préparation de la décision relative à la participation du Royaume-Uni à l'acquis de Schengen, la Commission avait souligné la nécessité d'une acceptation de parties intrinsèquement homogènes de l'acquis (64). Au vu du contexte, il n'est pas sûr que les institutions soient aussi exigeantes face à l'*opt-back-in*, mais une telle décision s'avère nécessaire. Il faut placer le Royaume-Uni devant ses contradictions et ne plus céder constamment à ses surenchères et marchandages.

Addendum

Les décisions relatives à l'*opt-back-in* du Royaume-Uni ont été adoptées le 1er décembre 2014 (65). Elles confirment les analyses de cette contribution.

---

11 décembre 2009, p. 12 ; décision 2009/936/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 portant adoption des règles d'application relatives aux fichiers de travail à des fins d'analyse Europol, *J.O.U.E.*, L 325 du 11 décembre 2009, p. 14 ; décision 2009/968/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 portant adoption des règles relatives à la confidentialité des informations d'Europol, *J.O.U.E.*, L 332 du 17 décembre 2009, p. 17.

(62) H. Labayle, « *Within you, without you* : l'*opt-out* britannique en matière d'entraide répressive », *loc. cit.*, nº 60.

(63) Décision 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen, *J.O.U.E.*, L 348 du 24 décembre 2008, p. 130.

(64) Commission, avis sur la demande du Royaume-Uni de participer à une partie des dispositions de l'acquis de Schengen, *SEC*(99) 1198 final, 7 p.

(65) *Cf.* décision 2014/857/UE du Conseil du 1er décembre 2014 concernant la notification par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de son souhait de prendre part à certaines dispositions de l'acquis de Schengen qui sont contenues dans les actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

L'*opt-back-in* est effectivement encadré par les exigences de praticabilité et de cohérence, impliquant une participation à davantage d'actes que ceux souhaités par le Royaume-Uni (trois actes relatifs à Europol, décision concernant le réseau judiciaire européen), ainsi qu'un réexamen de l'éventualité de la participation aux « décisions Prüm » et de la décision-cadre relative à la probation. Mais la conciliation de ces exigences avec celle de la participation la plus large possible conduit à les concevoir de façon plutôt étroite. On peut par exemple déplorer que la Commission n'ait exigé la participation qu'à certains actes relatifs à Europol, non compris ceux concernant son personnel. C'est davantage la praticabilité que la cohérence qui guidé son appréciation.

Tours, le 1er juillet 2014

et modifiant les décisions 2000/365/CE et 2004/926/CE, *J.O.U.E.*, L 345 du 1er décembre 2014, p. 1 ; décision 2014/858/UE de la Commission du 1er décembre 2014 relative à la notification par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de son souhait de participer à des actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale qui ont été adoptés avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et qui ne font pas partie de l'acquis de Schengen, *J.O.U.E.*, L 345 du 1er décembre 2014, p. 6. Voy. aussi décision 2014/837/UE du Conseil du 27 novembre 2014 déterminant certaines conséquences financières directes découlant de la cessation de la participation du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à certains actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale adoptés avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, *J.O.U.E.*, L 343 du 28 novembre 2014, pp. 17-18 ; liste des actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale qui ont été adoptés avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et qui cessent de s'appliquer au Royaume-Uni à compter du 1er décembre 2014 en application de l'article 10, paragraphe 4, deuxième phrase, du protocole (no 36) sur les dispositions transitoires, *J.O.U.E.*, C 430 du 1er décembre 2014, p. 17.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La position du Royaume-Uni à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

LA VOCATION SOCIALE DE LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE OU L'ÈRE DU SOUPÇON ?

Sylvie HENNION

Professeur émérite de l'Université Rennes 1
UMR CNRS 6262 IODE

La citoyenneté commune aux ressortissants des pays de l'Union (1) présente la singularité d'avoir été principalement conçue dans une finalité de démocratie participative (2), mais d'avoir surtout déployé ses effets dans le champ d'application personnel du droit de l'Union européenne (3). « Les auteurs du traité de Maastricht ne voulaient certainement pas créer un homme nouveau, mais s'inspirant des travaux préparatoires et notamment du comité Adonnino, il s'agissait de permettre aux Européens de se reconnaître entre eux et de dégager des éléments d'unité » (4).

Ces éléments d'unité sont à la fois solides et fragiles, puisque « est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre », mais « la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale mais ne la remplace pas » (5). Cette construction à deux étages (6) rend l'identité de la citoyenneté de l'Union européenne souvent difficile à définir et accentue la difficulté culturelle qu'ont souvent les citoyens européens à s'approprier ce statut.

Cet état n'est pas sans inquiéter. Le règlement n° 390/2014 du Conseil du 14 avril 2014 établissant le programme de « L'Europe pour les citoyens » pour la période 2014-2020 fait le constat de l'absence « de forts sentiments d'appartenance à l'Union chez les citoyens » (cons. 3) et, en conséquence, de la nécessité d'incliner les politiques de l'Union vers une prise en compte

(1) Préambule du TUE.
(2) Art. 10, § 2, TUE.
(3) Cl. Blumann (dir.), « Vers l'Europe des citoyens ? », *Rev. jur. Centre-Ouest*, numéro spécial 1992 ; « La citoyenneté européenne (bientôt dix ans) », in *Mélanges K. Ipsen*, München, Verlag CH Beck, 2000, p. 3 ; « Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », *R.A.E.*, 2003-2004/1, p. 73 ; *Commentaire Mégret*, *Marché intérieur, Libre circulation des personnes et des capitaux, Rapprochement des législations*, éd. de l'ULB, 2006, pp. 11 et s. J-Y. Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007 ; P. Dollat, *La citoyenneté européenne. Théorie et statuts*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
(4) Cl. Blumann, « Citoyenneté et champ d'application personnel du droit communautaire », *op. cit.*
(5) Art. 9 TUE et 20, § 1er, TFUE.
(6) C.J.U.E., 2 mars 2010, *Rottman*, aff. C-135/08, *Rec.*, p. I-9925, *RGDI publ.*, 2010, p. 267, obs. J-D. Mouton.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

plus large des questions économiques et sociales soulevées dans l'Union, notamment par une plus large ouverture à la société civile. La vocation sociale de la citoyenneté, dans ses diverses dimensions sociétales, professionnelles, personnelles ou familiales, revêt une importance juridique et pratique qui ne se dément pas.

Toutefois, l'approche qui en est faite est bien souvent tributaire de la place que les auteurs veulent bien reconnaître au concept de citoyenneté. Le développement de l'idée de « citoyenneté sociale » inspirée de la pensée du sociologue T. Marshall qui la définissait comme « le pouvoir de mener une vie civilisée en vertu des standards en vigueur dans la société » (7) a eu des effets non négligeables dans l'approche de la citoyenneté de l'Union européenne. L'appartenance à la communauté s'effectue, alors, principalement par le travail, et non par la nationalité. Tout travailleur, qu'il soit ressortissant d'un État de l'Union ou ressortissant d'un État tiers, légalement présent sur un territoire peut alors invoquer sa citoyenneté sociale au nom de l'égalité de traitement tant dans son activité professionnelle que dans les périphéries de sa vie personnelle et familiale (8). Le citoyen est alors simplement assimilé à la personne physique. Dans ce cadre, la citoyenneté perd toute spécificité et, dans une vision universaliste des droits, se confond avec le statut personnel (9). L'intégration de la citoyenneté européenne dans la Charte des droits fondamentaux (art. 39-46) prête à concevoir cette vision horizontale des droits et devoirs du citoyen européen (10). Mais les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comme les évolutions de la jurisprudence de la Cour de justice amènent à considérer que la citoyenneté européenne dans sa vocation sociale constitue un marqueur du droit de l'Union en tant que mode d'appartenance non pas à un seul État, mais à des États de l'Union.

Les ancrages de la citoyenneté européenne dans sa vocation sociale (I) s'inscrivent dans le renforcement de la cohésion économique, sociale et

(7) T. Marshall, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950, p. 154. ; T. Marshall et T. Bottemore, *Citizenship and Social Class*, coll. Classic, London, Pluto press, 1992, p. 101 ; A. Lyon-Caen, « Étranger-immigré-immigrant : questions de définition », *RDSS*, numéro spécial, Immigration et protection sociale, 1987, p. 189 ; D. Berland et R. Hansen, « La question de la citoyenneté sociale au Royaume-Uni : vers une réflexion européenne », *Dr. Soc.*, 1998, p. 919 ; L. Azoulai, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de J.-P. Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1.

(8) S. Maillard, « Vers une citoyenneté sociale européenne ? », *Dr.*, 2007, p. 218 ; *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, thèse, Nantes, coll. « Centre de droit social », Aix-Marseille, PUAM, 2008 ; M. Sweeney, « L'intégration sociale des ressortissants d'États tiers de l'Union européenne », in V. Michel (dir.), *Vers un principe d'intégration sociale de la personne en droit de l'Union européenne*, *R.A.E.*, 2013/4, p. 677.

(9) H. Thomas, « Qu'est-ce que l'intégration sociale ? Sortir des conceptions nationales et impériales de l'intégration sociale dans l'Union européenne », et S. Barbou des Places, « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *ibid.*, pp. 631 et 689.

(10) C.J.U.E., 6 mars 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13, *Bull. Droit européen des affaires*, avril 2014, obs. E. Carpano.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

territoriale de l'Union affirmé notamment à l'article 174 TFUE (11). La directive 2004/38 du 24 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (12) fait expressément référence, dans le considérant 17 relatif à la jouissance d'un séjour permanent pour les citoyens de l'Union, à la nécessité de renforcer « le sentiment de citoyenneté de l'Union [...] pour promouvoir la cohésion sociale, qui est l'un des objectifs fondamentaux de l'Union ». La citoyenneté est alors appréciée dans cette finalité et en application des grands principes du droit de l'Union européenne.

Mais la structure même de cette cohésion qui marie l'économique, le social et le territorial crée aussi les limites de la vocation sociale de la citoyenneté européenne. Lorsque l'utilisation de la citoyenneté européenne s'avère permettre la poursuite d'objectifs qui s'éloignent des finalités propres de cohésion mais qui deviennent surtout des démarches individuelles et opportunistes, la question posée est celle des dérives potentielles de la vocation sociale de la citoyenneté européenne (II) et, en conséquence, celle de leur traitement juridique.

L'évolution du volet social de la citoyenneté européenne recèle ce double aspect d'ancrage dans la cohésion économique et sociale de l'Union, mais aussi de prise en considération des risques de dérives de son utilisation. Il reste à savoir si cette mutation exprime une maturation de la vocation sociale de la citoyenneté européenne ou son entrée dans l'ère du soupçon.

I. – Les ancrages de la citoyenneté européenne dans sa vocation sociale

La citoyenneté européenne n'était pas prédestinée à devenir un élément aussi important dans l'évolution des politiques sociales de l'Union européenne. « Le droit communautaire n'a pas attendu la citoyenneté pour reconnaître aux Européens les grandes libertés établies par le traité : la liberté de circulation et de séjour, la liberté d'accès aux activités professionnelles, qu'elles soient salariées et non salariées » (13).

La citoyenneté européenne existe hors de toute circulation (14). De façon générale, « les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités » même si l'article 20 cible « entre autres » le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres,

(11) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4e éd., Paris, Litec, 2010, n° 210 ; Commission européenne, « 8e rapport d'étape sur la cohésion économique, sociale et territoriale », 2013, (http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/interim8/interim8_fr.pdf).

(12) *JO*, L 158, 2004, p. 77 et rectificatifs *JO*, L 229, p. 25, et *JO*, L 197, 2005, p. 34 ; art. 7, 14 et 24.

(13) Cl. Blumann, « Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », *op. cit.*

(14) H. Pongerard-Payet, « La liberté de circulation des citoyens européens sédentaires à l'aune de la Charte post-Lisbonne », *RUE*, 2014, n° 583, p. 596.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

affirmation reprise à l'article 21 TFUE et intégrée dans l'article 45 de la Charte des droits fondamentaux.

La vocation sociale de la citoyenneté de l'Union s'est développée à l'occasion des migrations dans l'Union européenne, mais n'en est pas nécessairement tributaire. Elle s'exprime principalement par une logique de solidarité financière dont doivent faire preuve les États membres tant à l'égard des citoyens de l'Union que des membres de sa famille lorsque ceux-ci demandent à bénéficier du système d'assistance sociale de l'État d'accueil.

A. – L'affirmation d'une certaine solidarité financière à l'égard du citoyen de l'Union

La difficulté initiale tient à ce que le principe de solidarité (15) entre États membres en matière sociale est loin d'être affirmé. Les limites de compétence de l'Union européenne en matière de protection sociale (16), voire d'exclusion de principe de l'assistance sociale et médicale de la coordination des systèmes de sécurité sociale (17), démontrent la volonté politique de refuser d'étendre cette solidarité aux domaines sociaux, même si celle-ci constitue le titre IV de la Charte des droits fondamentaux et sous-tend l'idée de cohésion économique, sociale et territoriale affirmée à l'article 174 TFUE. La solidarité dans le cadre du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans la zone euro (TSCG) conclu le 2 mars 2012 impliquerait, au contraire, une individualisation accentuée de la responsabilité respective des États membres dans le traitement de leurs dépenses sociales (18).

Une solidarité sociale minimale dans l'Union a surtout émergé par le croisement, dans les arrêts de la Cour de justice, de la citoyenneté de l'Union avec le principe de l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité fondée sur l'article 12 CE, devenu l'article 18 TFUE. L'affirmation, par ailleurs, dans l'arrêt *Baumbast* du 17 septembre 2002 (19), après quelques hésitations (20), de l'application directe de l'article 18 CE

(15) Sur la constitutionnalisation du principe de solidarité, voy. Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 200 ; K. Abderamane, *La solidarité : un fondement du droit de l'intégration européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

(16) S. Hennion, « La répartition des compétences entre l'Union européenne et les droits nationaux », in S. Hennion et M. Del Sol (dir.), *Chronique de protection sociale complémentaire*, *Dr. Soc.*, 2014, p. 468.

(17) Art. 4, § 4, du règlement n° 1408/71 repris à l'art. 3, § 4, a), du règlement n° 883/2004/CE ; sur l'inclusion des prestations non contributives de type mixte dans la coordination, C.J.C.E., 22 juin 1972, *Frilli*, aff. C-1/72, *Rec.*, p. 457, *Dr. Soc.*, 1973, p. 58, obs. G. Lyon-Caen ; 9 avril 2004, *Skalka*, aff. C-160/02, *Rec.*, p. I-5613 ; 21 février 2006, *Hosse*, aff. C-286/03, *Rec.*, p. I-1777. Voy. S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris et M. Del Sol, *Droit social européen et international*, coll. Thémis, 2e éd., Paris, PUF, 2013, nos 163 et s.

(18) F. Fines, « Les TSCG dans la gouvernance économique européenne », *RU*, 2012, n° 563, p. 651 ; D. Berlin (dir.), *Le traité sur la stabilité, la coopération et la gouvernance*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013.

(19) C.J.C.E., 12 septembre 2002, aff. C-413/99, *Rec.*, p. I-7091.

(20) C.J.C.E., 12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C-85/96, *Rec.*, p. I-2791.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

(21 TFUE) a entraîné la création d'une jurisprudence bien connue en matière de prestations non contributives.

Mais la dimension de solidarité sociale de la citoyenneté est apparue principalement dans l'arrêt *Grzelczyk* du 20 septembre 2001 (21) dans lequel il s'agissait d'une demande par un étudiant du bénéfice du « minimex » belge. La Cour a affirmé qu'« e*n effet, 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 » (pt 31).* Elle a assorti cette affirmation d'une interprétation de la notion de charge « déraisonnable » pour l'État d'accueil inscrite dans la directive 93/96/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants, et applicable à l'espèce en en déduisant « *a contrario* » une norme d'obligation de solidarité sociale au bénéfice des citoyens de l'Union : « *la directive 93/96, tout comme les directives 90/364 et 90/365 d'ailleurs, admet donc 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 » (pt 44).*

La citoyenneté européenne ne suffit pas en soi contrairement à l'application simplement conjuguée de la citoyenneté européenne et de l'égalité de traitement lorsqu'il s'agit de la liberté de circulation et de séjour qui ne s'effectue que « sous réserve des limitations prévues par le présent traité, les traités et par les dispositions prises pour son application » (22). Cette « certaine solidarité financière » constitue donc pour les États membres une charge relative qui découle du statut de citoyen de l'Union européenne et qui correspond à l'objectif d'intégration des ressortissants des États membres dans l'État d'accueil au titre de « la cohérence sociale, qui est l'un des objectifs de l'Union » (23).

La référence à la notion de charge déraisonnable par le recours au système d'assistance sociale du pays d'accueil a été maintenue dans le considérant 10 de la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (24). Les articles 7, 12 et 14 de la directive font référence à la double condition imposée au citoyen et aux membres de sa famille de disposer de ressources suffisantes pour ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État d'accueil au cours du séjour et de disposer d'une assurance maladie complète. Les bénéficiaires du droit de séjour permanent constituent les seuls ressortissants

(21) C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Grzelczyck*, aff. C-184/99, *Rec.*, p. I-6193.
(22) Art. 21, § 1er, TFUE.
(23) Cons. 17 de la directive 2004/38.
(24) *JO*, L 158, 2004, p. 77 et rectificatifs *JO*, L 229, p. 25, et *JO*, L 197, 2005, p. 34 ; art. 7, 14 et 24.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

d'un autre État membre non soumis à cette condition (art. 16, § 1er). L'intégration sociale est présumée suffisamment établie dans ce dernier cas et l'État d'accueil est considéré comme ayant disposé du temps utile pour l'évaluer. Le bénéfice d'un titre de séjour permanent permet ainsi d'échapper aux conditions économiques de légalité du séjour au titre de la promotion de « la cohésion sociale » (25). Enfin, si le citoyen est un travailleur, il participe en conséquence par ses impôts et par son apport économique à l'activité de l'État d'accueil (26). Il contribue à ce titre au financement des politiques sociales et doit pouvoir y avoir recours dans les mêmes conditions que les nationaux de l'État d'accueil.

Mais, qu'il s'agisse d'une demande de recours au système d'assistance sociale, de bourses pour étudiants, de complément de revenus ou d'aide à l'installation, la Cour oscille entre le constat qu'en subordonnant le droit au séjour de plus de trois mois à la circonstance que l'intéressé ne devienne pas une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil, la directive 2004/38 admet ainsi une certaine solidarité financière entre États membres (27), et l'affirmation que l'exercice du droit de séjour des citoyens de l'Union peut être subordonné aux intérêts légitimes des États membres (28).

Les arrêts relatifs à la qualification de recours au système d'assistance sociale permettent de considérer que l'oscillation s'effectue plutôt dans le sens de la préservation des intérêts des finances publiques des États membres.

B. – Le recours au système d'assistance sociale

L'enjeu du recours au système d'assistance sociale dépend aussi de ce qu'il faut entendre par « assistance sociale ». Or ce vocable s'avère en droit de l'Union n'avoir pas la même portée selon qu'il s'agisse de définir le champ d'application matériel de la coordination des systèmes de sécurité sociale ou de déterminer la notion de prestations d'assistance sociale. En effet, le règlement no 14084/71/CEE du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés

(25) C.J.U.E., 7 octobre 2010, *Lassal*, aff. C-162/09, *Rec.*, p. I-921, 21 juillet 2011, *Dias*, C-325/09, *Rec.*, p. I-6387, *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, p. 601, obs. C. Robin-Olivier ; 16 janvier 2014, *O.*, aff. C-378/12, non encore publ., pt 24.

(26) « Le lien d'intégration résulte notamment du fait que, avec les contributions fiscales qu'il paye dans l'État membre d'accueil en vertu de l'activité salariée qu'il y exerce, le travailleur migrant contribue aussi au financement des politiques sociales de cet État et doit en profiter dans les mêmes conditions que les travailleurs nationaux », C.J.U.E., 14 juin 2012, *Commission c. Pays Bas*, aff. C-549/09, non encore publ., pt 66.

(27) C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, préc., pt 44 ; 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, *Rec.*, p. I-2119, pt 56 ; 18 novembre 2008, *Förster*, aff. C-158/07, *Rec.*, p. I-8607 ; pt 48 ; C.J.U.E., 4 octobre 2012, *Commission c. République d'Autriche*, aff. C-75/11, non encore publ., pt 60 ; 20 juin 2013, *Giersch*, aff. C-20/12, non encore publ., *Europe*, 2013, comm. 344, obs. V. Michel ; 19 septembre 2012, *Brey*, aff. C-140/12, pt 72, non encore publ., *J.D.E.*, 2014, p. 170, obs. J-Y. Carlier.

(28) C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C413/99, *Rec.*, p. I7091, pt 90 ; 23 mars 2006, *Commission c. Belgique*, aff. C408/03, *Rec.*, p. I-2647, pts 37 et 41.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

et aux membres de leurs familles qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (29) disposait qu'il ne s'appliquait pas à « l'assistance sociale et médicale » (art. 4, § 4). Cette exclusion a été maintenue à l'article 3, paragraphe 4, a), du règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

Cette dérogation a entraîné très vite le développement d'une importante jurisprudence (30) dont l'objectif déclaré a été de limiter les effets de cette exclusion par une intégration de certaines aides sociales qui remplaçaient ou complétaient une prestation de sécurité sociale dans le jeu de la coordination des régimes de sécurité sociale au titre des prestations spéciales en espèces à caractère non contributif.

En application de cette jurisprudence, l'assistance sociale et médicale dans le cadre de l'article 3, paragraphe 4, a), du règlement n° 883/2004 se résume à l'action sociale et médicale proche des actions caritatives, dépendante des politiques étatiques, mais qui n'est fondée sur aucun critère objectif, ni ne crée de droits pour le citoyen de l'Union. Conférer un sens identique à la référence au système d'assistance sociale dans le cadre de la directive 2004/38 à celui développé par la jurisprudence au titre de l'article 3, paragraphe 4, a), du règlement n° 883/2004 aurait donc réduit à peu d'hypothèses les situations dans lesquelles les États membres pourraient invoquer que le citoyen est devenu à charge de leur système d'assistance sociale conformément aux articles 7, 12 et 14 de la directive 2004/38.

Cette interrogation fut au centre de la question préjudicielle dont la Cour a eu à connaître dans l'arrêt *Brey* du 19 septembre 2013. Il s'agissait de savoir (31) si la législation de l'Union en matière de droit de séjour à l'article 7 de la directive 2004/38 utilise la même notion « d'assistance sociale » que la législation de l'Union en matière de sécurité sociale. La Cour a pu affirmer que « la notion de système d'assistance sociale » figurant à l'article 7, paragraphe 1er, b), de la directive 2004/38 « ne saurait être réduite, contrairement à ce que soutient la Commission aux prestations d'assistance sociale qui en vertu de l'article 5, sous a) du règlement n° 883/2004 ne relèvent pas du champ d'application de ce règlement » (pt 58).

Cette dissociation de la notion de « système d'assistance sociale » (art. 7, § 1er, b), de la directive 2004/38) de celle de « prestation d'assistance sociale » (art. 5, a), du règlement n° 883/2004) se fonde, dans l'arrêt *Brey*, sur les différences d'objectifs des deux textes. Les dispositions du règlement n° 883/2004 cherchaient principalement à prévenir « les effets négatifs » de l'exercice de la libre circulation des travailleurs sur la jouissance des prestations de sécurité sociale pour les travailleurs et les membres de leur famille (pt 51). Les objectifs de la directive 2004/38, au contraire, étaient

(29) *J.O.C.E.*, L 145/2 du 5 juillet 1971.
(30) Voy. *supra*, note n° 17.
(31) C.J.U.E., 19 septembre 2013, aff. C-140/12, non encore publ., *Europe*, 2013, comm. 454, obs. F. Gazin ; J.-Y. Carlier, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2014, p. 176, n° 5.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

beaucoup plus généraux puisqu'ils sont, d'abord, attachés à la citoyenneté européenne, et relevaient, en outre, de deux finalités distinctes : « faciliter et renforcer » l'exercice du droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres-ci (pt 53), mais aussi « éviter » que le citoyen qui n'est pas travailleur devienne une charge déraisonnable pour l'État d'accueil (pt 54). La Cour, en conséquence, réitère l'affirmation que l'exercice du droit de séjour peut être subordonné aux intérêts légitimes des États membres (32) et précise, « en l'occurrence, la protection de leurs finances publiques » (pt 55).

Cet objectif entraîne une interprétation large du système d'assistance sociale dans le cadre de l'application de la directive 2004/38 : « Il convient dès lors d'interpréter ladite notion comme faisant référence à l'ensemble des régimes d'aides institués par des autorités publiques, que ce soit au niveau national, régional ou local, auxquels a recours un individu qui ne dispose pas de ressources suffisantes pour faire face à ses besoins élémentaires ainsi qu'à ceux de sa famille et qui risque, de ce fait, de devenir, pendant son séjour, une charge pour les finances publiques de l'État membre d'accueil susceptible d'avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État » (pt 61).

Cette définition notionnelle a été reprise dans l'arrêt *Dano* du 11 novembre 2014 (pt 63), mais dans une approche différente de celle de l'arrêt *Brey*. La Cour, dans l'arrêt Dano (33), procède, à la différence de l'arrêt *Brey*, à une interprétation convergente de la directive 2004/38 (art. 24) et du règlement n° 883/2004 (art. 4). À partir du moment où la question posée concerne la définition de ce qui est inclus dans le champ d'application matériel du droit de l'Union au titre de l'égalité de traitement du citoyen européen sur son lieu de résidence en matière de prestations spéciales en espèces à caractère non contributif (art. 70 du règlement n° 883/2004), la Cour, dans l'arrêt *Dano*, assimile de telles prestations à la notion de « prestations d'assistance sociale » (pt 63). Cette vision englobante permet à la Cour de bien dissocier, dans le cadre de l'article 7 de la directive 2004/38, d'une part, l'exigence de ressources suffisantes comme condition de séjour et, d'autre part, le souci de ne pas créer une charge pour le système d'assistance sociale des États membres (pt 77).

Toutefois, la notion générique de prestation d'assistance sociale ainsi développée par la Cour amène à plusieurs réflexions relatives à son contenu.

---

(32) C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Baumbast*, préc., pt 90 ; 23 mars 2006, *Commission c. Belgique*, aff. C-23/08, *Rec.*, p. I-4585, pts 37 et 41 ; P. Minderhaud, « Directive 2004/38 and access to social assistance benefits », in E. Guild, C. Gortazar Rotaeche et D. Kostakopoulou (eds), *The Reconceptualisation of European Union Citizenship*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

(33) C.J.U.E., gde ch., 11 novembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13, *RDSS*, 2014, p. 1156, obs. Ch. Boutayeb ; D. Simon, « L'arrêt *Dano*, ou comment se créent les mythes ? », *Europe*, 2014, Repère, 11 ; *Europe*, 2015, obs. F. Gazin, comm. 6 ; Av. gén. M. Wathelet, 20 mai 2014, pt 131, *Bull. Q.E.*, 2014, n° 11100 du 14 juin 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

La charge financière ne concerne que les finances publiques (34) et ne porte pas sur les mécanismes pouvant faire appel à l'assurance. En conséquence, le poids économique ne porte que sur l'État et les collectivités territoriales. Toutefois, cette distinction peut susciter des distorsions de charges entre les organismes de protection sociale des États membres. Si, dans un État membre, un organisme de sécurité sociale est financé par l'impôt, il pourrait être amené à participer à ce soutien financier, ce qui ne serait pas le cas des systèmes fondés sur les mécanismes d'assurances sociales. Par ailleurs, la notion de prestation d'assistance sociale se dissocie des mécanismes de soutien financier de retour à l'emploi. La jurisprudence a pu considérer que, si le citoyen exerce une recherche effective d'emploi, il bénéficie, en sa qualité de demandeur d'emploi de l'attraction vers le statut de travailleur par l'application à son bénéfice de l'article 45, paragraphe 2, TFUE qui confère l'égalité de traitement avec les travailleurs nationaux (35). Mais, surtout, la notion retenue de système d'assistance sociale implique que les autorités nationales compétentes puissent apprécier globalement la charge que représenterait concrètement sur l'ensemble du système national l'octroi au citoyen « économiquement non actif » (36) et aux membres de sa famille de la prestation sollicitée (37).

Dans les facteurs à relever, la Cour considère pertinent de prendre en considération la proportion de bénéficiaires (pt 78) de ladite prestation. La vocation sociale de la citoyenneté européenne s'en trouve quelque peu affaiblie, car la part des intérêts légitimes des États semble l'emporter sur les critères de besoin des citoyens de l'Union.

On peut aussi s'interroger sur la faculté pour le juge national de rentrer dans des calculs d'impacts économiques alors qu'il doit rendre une décision de portée individuelle ayant l'effet relatif de la chose jugée. Même si, par nature, l'affirmation de charge déraisonnable implique la licéité d'une charge raisonnable pour les États membres et si, par ailleurs, l'article 14, paragraphe 3, de la directive 2004/38 précise clairement que le recours au système d'assistance sociale par le citoyen de l'Union ou un membre de sa famille n'entraîne pas automatiquement une mesure d'éloignement, la voie du contrôle des effets économiques de la délivrance des prestations est largement ouverte. L'interprétation qu'effectue la Cour dans l'arrêt *Brey* de l'article 8, paragraphe 4, de la directive 2004/38 qui dispose que « les États membres ne peuvent fixer le montant des ressources qu'ils considèrent suffisantes » est sur ce point éclairante. La Cour estime que si les États ne peuvent imposer un montant de revenu minimal, ils peuvent toutefois user d'un montant « de référence » (pt 68). La différence est ténue, mais démontre que les États peuvent mettre en place des standards de référence à la disposition des organismes d'aide sociale. Il demeure cependant que

(34) En ce sens, voy. l'art. 70, § 2, b), du règlement n° 883/2004.
(35) C.J.C.E., 4 juin 2009, *Vatsouras et Kapatantze*, aff. C-22/08 et C-33/08, *Rec.*, p. I-4585.
(36) C.J.U.E., 19 septembre 2013, *Brey*, préc., pt 63.
(37) *Ibid.*, p. 64.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

toute mesure de refus est subordonnée à un examen concret de la situation de l'intéressé en fonction de paramètres que la Cour a été amenée à développer : situation personnelle, durée du séjour, difficultés ou non d'ordre temporaire (38), conséquences familiales notamment à l'égard des mineurs qui font l'objet d'une protection accrue (39).

Mais la Cour n'a pas développé une jurisprudence comparable à celle issue de l'arrêt *Servet Kambaraj* du 24 avril 2012 (40) concernant une demande d'aide au logement effectuée par un ressortissant de pays tiers bénéficiant de la directive 2003/109/CE du 25 novembre 2003 relative aux résidents de longue durée. La Cour a pu, à cette occasion, considérer que rentre dans la notion de « prestations essentielles » (art. 11, § 4) l'aide au logement qui ne pouvait être refusée au ressortissant du pays tiers même en présence de l'épuisement du budget prévu à cet effet au nom de l'égalité de traitement avec les nationaux et de l'application de l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux relatif, notamment, au respect du droit à une aide sociale et au logement.

Va-t-on ainsi voir apparaître des discriminations à rebours (41) au détriment de certains citoyens de l'Union au titre des différences de statut des résidents légaux sur le territoire des États membres ? Seuls les citoyens de l'Union bénéficiant d'un droit de séjour permanent comme les ressortissants des États tiers résidents de longue durée pourraient pleinement exercer leur faculté de recours au système d'assistance sociale de l'État d'accueil. Le traitement préférentiel qui pouvait être reconnu au ressortissant d'un autre État membre par la force de la citoyenneté européenne en comparaison avec la situation des ressortissants de pays tiers (42) en situation légale sur le territoire de l'Union risque de s'estomper au profit du critère principal de l'autonomie économique des États membres. Une méfiance s'installe à l'égard des migrations des citoyens de l'Union dont il est craint que la cause principale soit la recherche du bénéfice du recours au système d'assistance sociale de l'État d'accueil.

Les risques de dérives de la vocation sociale de la citoyenneté européenne

(38) C.J.U.E., 4 mars 2010, *Chakroun*, aff. C-578/08, *Rec.*, p. I-1839, *Brey*, préc., pt 69.

(39) Voy. not. C.J.C.E., 19 octobre 2004, *ZU et Chen*, aff. C-200/02, *Rec.*, p. I-9925 ; 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769 ; C.J.U.E., 23 décembre 2009, *Deticek*, aff. C-403/09, *PPU*, *Rec.*, p. I-12193 ; gde ch., 8 mars 2011, *Zambrano*, aff. C-34/09, *Rec.*, p. I-1177 ; 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, *Rec.*, p. I-11315 ; 6 décembre 2012, *O. et S.*, aff. jtes C-356 et 357/11, non encore publ., *Europe*, février 2013, comm. 62, obs. A. Rigaux ; 10 octobre 2013, *Alokpa*, aff. C-86/12, *J.D.E.*, 2014, chron. J.-Y. Carlier, n° 10 ; A.-M. De Matos, « À la recherche des critères d'intégration sociale : la situation familiale », *R.A.E.*, 2013, p. 643.

(40) C.J.U.E., gde ch., 24 avril 2012, *Kamberaj*, aff. C-571/10, *J.D.E.*, 2013, n° 197, p. 103, obs. J.-Y. Carlier ; *RJS*, 2012, p. 581, obs. J.-P. Chauchard.

(41) Chron. J.-Y. Carlier, *J.D.E.*, 2014, p. 167, n° 1 ; « Circulation moins libre » ; S. Barbou des Places (dir.), *Protectionnisme et droit de l'Union européenne*, coll. Cahiers européens de Paris I, Paris, Pedone, 2014.

(42) C.J.U.E., 8 décembre 2011, *Ziebell*, aff. C-371/08, *Rec.*, p. I-12735 ; V. Polat, « Le glissement de la politique jurisprudentielle à l'égard des travailleurs turcs », *Europe*, 2012, étude n° 9.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

entraînent l'apparition d'une large jurisprudence, qui, dans le cadre de l'évaluation individuelle des demandes d'aide sociale ou de bourses du citoyen européen, tend à permettre au juge national de pouvoir fonder des rejets des sollicitations de prestations non contributives compatibles avec le droit de l'Union.

II. – Les dérives de la vocation sociale de la citoyenneté européenne

Les différences de niveau de vie et de protection sociale dans l'Union européenne constituent une suite logique des règles de compétence dans le droit de l'Union. Les traités réservent à la compétence nationale l'organisation et la définition de leurs systèmes de protection sociale (43) et de santé (44) et excluent expressément les rémunérations de toute compétence partagée (45). L'attraction sociale migratoire que peuvent susciter certains États de l'Union est au cœur de débats dans l'Union européenne, bien que les statistiques européennes s'avèrent encore peu efficaces, faute d'outils adaptés, pour apprécier la part des bénéficiaires des prestations sociales non contributives dans les flux de « migrants intra-européens non actifs ». Mais il est symbolique que, dans le cadre des études effectuées en 2013 et commanditées par la Commission européenne (46), le mot « citoyen » n'apparaisse pas. La formule consacrée par la Commission, « migrants intra-européens non actifs », exprime une logique de pur retour d'appréciation de la circulation des personnes dans le cadre du marché intérieur sans référence au droit dérivé.

Les risques d'instrumentalisation de la citoyenneté européenne aux fins d'obtention de bénéfices sociaux ont déjà largement été traités par le juge européen. Les situations peuvent varier du simple comportement opportuniste à l'occasion d'une migration à une démarche délibérée de déplacement aux fins sociales sans autres objectifs européens. Les décisions rendues, principalement, sur renvoi préjudiciel démontrent un souci pour le juge de restreindre les effets de la référence à la citoyenneté européenne dans le champ d'application personnel des prestations non contributives. Si le lien économique qu'entretient un travailleur européen avec un État d'accueil fait présumer son intégration grâce à ses contributions sociales et fiscales et lui permet le bénéfice de l'égalité de traitement social pour lui-même et

(43) Art. 3 TU ; art. 153, § 4, TFUE.
(44) Art. 168 TFUE.
(45) Art. 153, § 5, TFUE
(46) « A fact finding analysis on the impact on the Member States' social security systems of the entitlements of non-active intra-EU migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the basis of residence, DG Employment, Social Affairs and Inclusion », via DG Justice Framework Contract ; Final report submitted by ICF GHK in association with Milieu Ltd., 14 octobre 2013 ; http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/facebook/20131014%20GHK%20study%20web_EU%20migration.pdf ; P. Delivet, « La libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne : principe, enjeux et défis », Fondation R. Schuman, *Questions d'Europe*, nº 312, 12 mai 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

sa famille (47), il n'en est pas de même quand seul le lien personnel de citoyenneté existe.

Le critère du lien réel avec l'État d'accueil devient le vecteur du contrôle juridictionnel de la cause de la mobilité dans l'Union européenne tant du citoyen européen que de sa famille. Mais cette recherche de causalité de la mobilité dans l'Union européenne a, aussi, amené le juge à préciser les conditions d'administration de la preuve s'il relève l'existence de pratiques abusives.

A. – Le contrôle de causalité de la mobilité dans l'Union européenne

Afin de pouvoir mettre en œuvre la notion de « charge » pour un système d'assistance sociale d'un État d'accueil, la Cour a usé d'un critère prétorien qui est celui du lien réel avec l'État d'accueil. Dans la mesure où l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38 prévoit expressément que « l'État membre d'accueil n'est pas obligé d'accorder le droit à une prestation d'assistance sociale pendant les trois premiers mois de séjour », la question s'est cristallisée, dans un premier temps, dans les situations intermédiaires durant lesquelles le séjour implique « l'installation » (48) du citoyen européen et, si besoin, des membres de sa famille, installation créatrice pour la Cour de la qualification de séjour « effectif » support d'une faculté de mise en œuvre d'une solidarité sociale à l'égard du citoyen et de sa famille. Si la situation personnelle d'un citoyen ne lui permet pas de l'intégrer dans le statut de personne établie, la Cour a largement usé du critère portant sur l'appréciation de son degré d'intégration réelle dans l'État d'accueil pour considérer comme justifiés ou non les refus effectués par les États d'accueil aux sollicitations dont ils sont l'objet, soit par le citoyen, soit par un membre de sa famille au titre du regroupement familial.

Depuis l'arrêt *Bidar* (49), le critère de lien réel avec l'État d'accueil, qui était subsidiaire initialement, a pris une importance dominante permettant

(47) C.J.U.E., 14 juin 2012, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-542/09, *J.D.E.*, 2013, nº 197, p. 103, obs. J.-Y. Carlier ; 13 décembre 2012, *Krier*, aff. C-379/11, *J.C.P. (éd. G)*, 2012, p. 2369, obs. D. Berlin ; *RJS*, 2013, p. 166, obs. J.-P. Lhernould ; *SJS*, 2013, nº 49, p. 30, obs. C. Willmann ; E. Neframi, « Principe d'intégration et pouvoirs de l'État membre », in V. Michel (dir.), *Vers un principe d'intégration sociale de la personne en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 705.

(48) Sur la notion d'installation, C.J.C.E., gde ch., 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, *Rec.*, p. I-6241, pt 73 ; C.J.U.E., 15 novembre 2011, *Dereci*, préc., pt 56 ; 8 novembre 2012, *Iida*, aff. C-40/11, pt 51 ; 6 décembre 2012, *O.*, aff. jtes C-356/11 et C 357/11 ; gde ch., 12 mars 2014, *O.*, aff. C-456/12, *Europe*, 2012, comm. 205, obs. A. Rigaux.

(49) C.J.C.E., 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, *Rec.*, p. I-2119, *RDSS*, 2005, p. 577, obs. S. Hennion ; 18 novembre 2008, *Forster*, aff. C-158/07, *Rec.*, p. I-8507 ; 4 juin 2009, *Vatsouras et Kapatantze*, aff. jtes C-22/08 et C-23/08, *Rec.*, p. I-8507 ; C.J.U.E., 21 juillet 2011, *Stewart*, aff. C-503/09, *Rec.*, p. I-6497 ; 4 octobre 2012, *Commission c. Autriche*, aff. C-75/11, *Europe*, 2012, nº 475, obs. V. Michel ; 25 octobre 2012, *D.*, *Prete*, aff. C-373/11, *Europe*, 2012, obs. V. Michel. Toutefois, l'inscription dans un établissement d'enseignement pour y poursuivre à titre principal des études constitue une des causes légales de séjour de plus de trois mois (art. 7, c), de la directive 2004/38).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

au juge national de contrôler les excès de demandes de soutien financier de la part de citoyens européens et de leurs familles, que celles-ci prennent la forme de demandes d'aide sociale, de bourse ou de réduction de titres de transport (50). Les États membres conservent dans l'application de ces critères une assez large liberté d'appréciation. Le lien réel démontre un degré d'intégration dans l'État d'accueil qui ne permet plus d'envisager le refus du soutien financier. Lorsque le lien réel n'est pas démontré, le refus de l'aide financière pout alors être considéré comme une discrimination indirecte justifiée par des considérations objectives indépendantes de la nationalité et proportionnée à l'objectif poursuivi par le droit national (51). Même en présence d'un droit de séjour permanent (52), l'administration de la preuve contraire de la continuité du séjour pourra valablement être apportée par l'État d'accueil lorsque le comportement personnel du postulant le justifie. Ainsi, les périodes d'emprisonnement suffisamment considérables interrompent la continuité du séjour dans la mesure où elles démontrent « le non-respect par la personne des valeurs exprimées par la société de l'État membre d'accueil » (53). Cette approche permet de penser que, si preuve est apportée d'un total refus d'intégration, le contrôle sur les conditions d'exercice du droit de séjour du citoyen européen peut alors être accentué par la recherche de la finalité du comportement du citoyen de l'Union.

Les faits qui ont présidé à l'arrêt *Dano* (54) sont révélateurs de telles situations. M^me^ Dano, de nationalité roumaine, est venue habiter à Leipzig avec son fils mineur. M^me^ Dano ne cherche pas de travail et n'est pas venue en Allemagne pour en trouver. Ayant fait diverses demandes de prestations non contributives, notamment la prestation de substance liée à l'état de besoin, l'une des questions posées par le juge national était de savoir s'il était licite de refuser cette prestation pour éviter une charge déraisonnable de prestations sociales de subsistance à caractère non contributive au sens de l'article 70 du règlement n° 883/2004. Dans ses conclusions, l'avocat général n'hésite pas à qualifier la situation de « tourisme social » (55) et de considérer que tant le règlement n° 883/2004 que la directive 2004/38 ne « s'opposent pas au choix du législateur national d'exclure du bénéfice d'une prestation spéciale en espèces à caractère non contributif les ressortissants des États membres sur la base d'un critère général comme le motif de l'arrivée sur le territoire de l'État membre d'accueil, susceptible de démontrer

(50) Voy. S. Barbou des Places, « Les critères d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes », in V. Michel (dir.), *Vers un principe d'intégration sociale de la personne en droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 689.

(51) C.J.C.E., 11 juillet 2002, *D'hoop*, aff. C-224/98, *Rec.*, p. I-619, pt 36 ; 7 juillet 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-147/03, *Rec.*, p. I-5969, pt 48 ; C.J.U.E., 13 avril 2010, *Bressol*, aff. C-73/08, *Rec.*, p. I-219, pt 41 ; 4 octobre 2012, *Commission c. Autriche*, préc., pt 52.

(52) C.J.U.E., 21 décembre 2011, *Ziolewski et Szeja*, aff. C-425/10 et C 425/10, *Rec.*, p. I-14035.

(53) C.J.U.E., 16 janvier 2014, *O.*, aff. C-378/12, préc., pt 26.

(54) C.J.U.E., gde ch., 11 novembre 2014, C-333/13, préc.

(55) Concl. Av. gén. M. Wathelet, 20 mai 2014, *Dano*, aff. C-333/13, pt 131, *Bull. Q.E.*, 2014, n° 11100 du 14 juin 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'absence de lien réel avec cet État, et ce, afin d'éviter une charge déraisonnable pour son système d'assistance sociale » (pt 139).

La Cour, après avoir affirmé une définition convergente de la notion de prestation d'assistance sociale tant dans la directive 2004/38 que dans le règlement n° 883/2004 (56), juge (57) à nouveau (58) que le citoyen européen ne peut prétendre à l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre d'accueil en matière de droit aux prestations sociales que sous la condition préalable de la validité de son séjour en application de l'article 7, paragraphe 1er, b), de la directive 2004/38 et du considérant 10.

Mais l'arrêt retient l'attention en ce qu'il met particulièrement l'accent sur la finalité de l'article 7 dont le dispositif chercherait « à empêcher que les citoyens de l'Union économiquement inactifs utilisent le système de protection sociale de l'État membre pour financer leur[s] moyen[s] d'existence » (pt 76). La Cour en déduit qu'« un État membre doit donc avoir la possibilité, en application dudit article 7, de refuser l'octroi de prestations sociales à des citoyens de l'Union économiquement inactifs qui exercent leur liberté de circulation dans le seul but d'obtenir le bénéfice de l'aide sociale d'un autre État membre alors même qu'ils ne disposent pas de ressources suffisantes pour prétendre au bénéfice d'un droit de séjour » (pt 78). La migration intra-européenne dans le seul but de bénéficier d'une aide sociale sans aucune volonté de recherche d'emploi a pour effet de permettre à l'État membre de refuser tout subside. Si, dans des affaires antérieures, il était possible de gloser sur le « degré » d'intégration, dans cette espèce, ce degré n'existe plus sauf à considérer que bénéficier sans contribution personnelle des avantages d'un système social d'un État est une forme de « participation » à ce dernier. Dans cette affaire, la Cour n'use pas de la recherche d'un faisceau d'indices comme dans les affaires précédentes. Elle fonde ses conclusions sur la causalité subjective de la migration du citoyen européen, à savoir le motif pour lequel cette personne s'est déplacée dans l'Union européenne. Ce critère permet de définir si la recherche de subsides constitue la cause interne du comportement du citoyen européen ou si cette recherche n'est que l'auxiliaire d'une recherche principale distincte : la poursuite d'études, la recherche d'un emploi ou l'exercice du rapprochement familial.

Cette subjectivisation de la cause de la présence d'un citoyen européen sur un territoire d'un État de l'Union répond, certes, à l'impératif d'appréciation individuelle de la situation personnelle du citoyen de l'Union (art. 8, § 4, de la directive 2004/38), mais surtout fait glisser l'évaluation de la situation individuelle d'une approche objective à une approche subjective, rendant dans ce cas beaucoup plus strictes les conditions d'obtention des prestations non contributives et laissant aux juridictions nationales une vaste latitude d'appréciation.

(56) Voy. *supra*.
(57) Pts 73 et 74
(58) C.J.U.E., 21 décembre 2011, *Ziolkowski et Szeja*, aff. jtes C-424/10 et C-425/10, *Rec.*, p. I-14035, pt 40, *Europe*, 2012, comm. 63, obs. V. Michel ; *CMLR*, 2012, p. 2003, obs. M. Jesse.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Il demeure que, précédemment, la Cour avait affirmé que l'exercice de la liberté de circulation n'impliquait pas qu'elle soit subordonnée aux buts poursuivis par le ressortissant d'un État membre (59). Mais il est vrai que ces arrêts concernaient des situations dans lesquelles le statut de travailleur prévalait. Le soupçon pèse sur le déplacement du citoyen économiquement inactif permettant un contrôle subjectif de la finalité de son déplacement.

Ce contrôle de la finalité sociale de la migration s'étend au regroupement familial. L'inquiétude d'une instrumentalisation du regroupement familial dans le cadre de la citoyenneté européenne afin d'obtenir des avantages sociaux supérieurs au dispositif national irrigue, aussi, les décisions de justice, notamment quand le membre de la famille est ressortissant d'un pays tiers. Ainsi, si le regroupement familial est toujours étudié « à la lumière du droit fondamental au respect de la vie familiale » (60), la qualité de membre de la famille ne confère pas pour autant nécessairement celle de bénéficiaire du regroupement familial (61). De façon plus générale, la Cour rappelle régulièrement que « l'article 21 § 1 TFUE et les dispositions de la directive 2004/38 n'octroient aucun droit autonome aux ressortissants d'États tiers » (62). Les « éventuels droits dérivés conférés à de tels ressortissants » découlent de l'exercice de la liberté de circulation par un citoyen de l'Union, et ce, par une interprétation « littérale, systématique et téléologique » (63) de la directive 2004/38.

En conséquence, le premier niveau de contrôle est celui de l'appréciation par le juge du bien-fondé de la situation du citoyen lui-même. Le second niveau concerne l'appréciation de la situation du ressortissant de l'État tiers et le risque d'utilisation du regroupement familial dans le but de bénéficier du système de protection sociale de l'État d'accueil. Mais la Cour étend son contrôle, sur le fondement de l'article 21, paragraphe 1er, TFUE, au cas de retour du citoyen européen dans son pays d'origine avec des membres de sa famille ressortissants d'États tiers. Tout en affirmant que les titres de séjour délivrés ont un caractère déclaratif et non constitutif (64) de droit, la Cour arrive à une distinction subtile mais dont les effets ne sont pas négligeables entre titre de séjour en cours de validité et le droit de séjour sur le territoire de l'État dont le citoyen européen a la nationalité.

Le Royaume-Uni s'est vu ainsi refuser, dans un arrêt *McCarthy* du 18 décembre 2014, sur les fondements des articles 10 et 35 de la directive 2004/38

(59) C.J.C.E., 23 septembre 2003, *Akrich*, aff. C-109/01, *Rec.*, p. I-9607, pt 55 ; C.J.U.E., 21 février 2013, *L.N.*, aff. C-46/12, pt 47, J.-Y. Carlier, *J.D.E.*, 2014, *op. cit.*, n° 6.

(60) C.J.C.E., 11 juillet 2002, *Carpenter*, aff. C-60/00, *Rec.*, p. I-6279.

(61) C.J.U.E., 8 novembre 2012, *Iida*, aff. C-40/11, pt 61.

(62) C.J.U.E., gde ch., 12 mars 2014, *O. et B.*, aff. C-456/12, pt 36 ; gde ch., 12 mars 2014, *S. et M.*, aff. C-457/12, pt 33 ; gde ch., 18 décembre 2014, *McCarthy*, aff. C-201/13, pt 34. Précédemment : 5 mai 2011, *McCarthy*, préc., pt 42 ; gde ch., 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, *Rec.*, p. I-11315 ; 8 novembre 2012, *Iida*, pt 36 ; 8 mai 2013, *Ymeraga*, aff. C-87/12 ; 10 octobre 2013, *Alokpa*, aff. C-86/12.

(63) C.J.U.E., 12 mars 2014, *O. et B.*, préc., pt 37.

(64) C.J.U.E., 21 juillet 2011, *Dias*, aff. C-325/09, *Rec.*, p. I-6387, pt 49 ; 12 mars 2014, *O. et B.*, préc., pt 60 ; 18 décembre 2014, *McCarthy*, préc., pt 62.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

et du protocole n° 20, d'imposer l'obtention d'un visa au ressortissant d'un État tiers membre de la famille d'un citoyen britannique alors que celui-ci détenait une carte de séjour en cours de validité délivrée par un autre État de l'Union (65). L'invocation par un État membre d'une politique préventive systématique de lutte contre la fraude n'est pas fondée au regard du droit de l'Union, car elle remettrait en cause les libertés fondamentales de circulation et de séjour, ainsi que les droits dérivés qui y sont attachés.

Mais les États membres conservent la faculté, sur le fondement de l'article 35 de la directive 2004/38, de prendre des mesures individualisées (66) en cas d'abus de droit ou de fraude sous réserve du caractère proportionnel de la mesure et du respect des garanties procédurales. Si l'article 35 cite, à titre d'illustration de la fraude, les mariages de complaisance, d'autres hypothèses sont largement ouvertes, dont les plus courantes sont l'accès à l'emploi ou aux prestations sociales dans un État membre de l'Union.

Si l'effet utile à la vie familiale du citoyen de l'Union doit lui permettre de poursuivre lors de son retour dans l'État dont il possède la nationalité son existence avec un ressortissant d'un État tiers, la Cour, dans l'arrêt *O. et B.* du 14 mars 2014, a clairement énoncé que « l'application des règles de droit de l'Union ne saurait être étendue jusqu'à couvrir des pratiques abusives » (67). Mais la charge de la preuve des pratiques abusives ou de la fraude incombe à l'État membre selon des critères procéduraux que la Cour a été amenée à préciser.

B. – L'administration de la preuve des pratiques abusives

L'administration de la preuve de pratiques abusives en matière de prestations sociales non contributives est restée longtemps peu évoquée, les tribunaux se contentant de considérer que les conditions d'obtention de la prestation n'étaient pas établies. La prise en compte par la Cour de pratiques abusives en matière de séjour et de regroupement familial a été effectuée dans l'arrêt du 14 mars 2014, *O.*, et celui du 18 décembre 2014, *McCarthy*. Elle inscrit l'administration de la preuve de cette pratique dans le droit antérieur en reprenant les critères définis dès l'arrêt *Emsland-Stärke* du 14 décembre 2000 qui concernait un sujet fort distinct, à savoir le régime des restitutions à l'exportation des produits agricoles (68). L'État membre qui invoque une pratique abusive devra établir une double preuve objective et subjective. Elle nécessite, « d'une part, un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues

(65) C.J.U.E., 18 décembre 2014, *McCarthy*, préc., pt 66.

(66) C.J.C.E., 10 juillet 2008, *Jipa*, aff. C-33/O7, *Rec.*, p. I-0517 ; 25 juillet 2008, *Métock*, préc. ; C.J.U.E., 17 novembre 2011, *Aladzhov*, aff. C-434/10, *Rec.*, p. I-11659 ; 18 décembre 2014, *McCarthy*, préc.

(67) C.J.U.E., 12 mars 2014, *O. et B.*, préc., pt 58, *Europe*, 2014, comm. 205, obs. A. Rigaux.

(68) C.J.C.E., 14 décembre 2000, *Emsland-Strärke*, aff. C-110/99, *Rec.*, p. I-13445, pt 51 ; 21 juillet 2005, *Eichsfelder. Schlachbetreib*, aff. C-515/03, *Rec.*, p. I-7355, pt 39 ; C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Bozkurt*, aff. C-303/08, *Rec.*, p. I-13445, pt 47 ; gde ch., 16 octobre 2012, *Hongrie c. Slovaquie*, C-364/10, pt 58 ; *J.C.P. (éd. G)*, 2012, p. 1943, obs. D. Berlin.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

par la réglementation de l'Union, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint et, d'autre part, un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation de l'Union en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention » (69). Appliquée à la vocation sociale de la citoyenneté européenne, ce double niveau de critères permet de conserver la finalité de la mobilité citoyenne et ses conséquences en matière de solidarité « raisonnable » à l'égard des citoyens des autres États de l'Union et de leur famille, tout en utilisant la recherche subjective des motifs personnels de l'intéressé. Il reste cependant à savoir si le second critère portant sur l'évaluation des motifs personnels de l'intéressé ne prendra pas le pas sur le premier, ainsi que peuvent le faire supposer les dernières conclusions dans l'affaire *Dano*.

Il en découle que la citoyenneté européenne en soi ne confère pas réellement d'avantages sociaux. Ceux-ci pourront être obtenus à une double condition : une condition contrôlée de légitimité de comportement citoyen et du caractère non déraisonnable de la charge financière pour l'État d'accueil.

Le contrôle juridictionnel devient ainsi un instrument de lutte contre les dérives présupposées de la vocation sociale de la citoyenneté européenne. Elle perd, ainsi, de sa force et de sa substance. Les entraves interétatiques au droit de séjour (70) des citoyens de l'Union pour insuffisances de revenus conservent, en réalité, fondamentalement leurs liens non pas tant avec la citoyenneté qu'avec les normes économiques de la libre circulation des personnes dans le marché intérieur. La citoyenneté européenne devient, ainsi, de peu de poids dans la recherche d'un socle commun de solidarité sociale entre les peuples de l'Union européenne.

(69) C.J.U.E., 12 mars 2014, *O. et B.*, préc., pt 58.

(70) J.-Y. Carlier, « La Belgique et la libre circulation des citoyens de l'Union européenne », *R.A.E.*, 2013/1, p. 91 et H. Gaudin, « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *R.A.E.*, 2004/1, p. 17.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La vocation sociale de la citoyenneté européenne ou l'ère du soupçon ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

RÉFLEXIONS SUR LA CODIFICATION DE LA JURISPRUDENCE PAR LE LÉGISLATEUR EUROPÉEN

Anastasia ILIOPOULOU-PENOT
Professeur à l'Université Paris Est Créteil

Le droit de l'Union doit beaucoup à la jurisprudence de la Cour de justice. Sa physionomie propre, ses caractéristiques essentielles ont été progressivement forgées par le biais de l'interprétation judiciaire. L'action du législateur européen, quelle que puisse être son importance quantitative et qualitative, intervient souvent après une jurisprudence novatrice. En effet, les affaires qui arrivent dans le prétoire de la Cour soulèvent des questions juridiques inédites et complexes. L'élaboration de réponses à ces questions relève parfois plus du domaine du législateur que du juge, mais le consensus politique nécessaire à cette fin n'est pas toujours au rendez-vous au niveau européen (du fait de la volonté des États de conserver la maîtrise d'un domaine ainsi que de la grande diversité de leurs positions sur une question donnée). C'est donc la Cour qui a l'occasion de se prononcer en premier lieu sur certains sujets épineux, devançant le législateur et, dans le même temps, enlevant ses inhibitions. La jurisprudence ouvre ainsi la voie à l'intervention législative, tout en lui fixant le cadre, les grandes lignes à suivre. Le droit du marché intérieur en particulier offre de multiples exemples illustrant le rôle pionnier de la Cour. Faut-il rappeler que l'arrêt *Vlassopoulou* (1) a précédé le régime européen de la reconnaissance des diplômes et des qualifications professionnelles, que l'arrêt *Commission c. Allemagne* (2) a entraîné la régulation du secteur des services financiers, enfin, que les arrêts *Rush Portuguesa* (3) et *Van der Elst* (4) se trouvent à l'origine d'une importante (et de nos jours contestée) directive relative aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services (5) ?

Le législateur européen a, donc, l'habitude d'emprunter les chemins tracés par le juge. La Commission recourt souvent au discours mettant l'accent

(1) C.J.C.E., 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, *Rec.*, p. I-2357.
(2) C.J.C.E., 4 décembre 1986, *Commission c. Allemagne*, aff. C-205/84, *Rec.*, p. 3755.
(3) C.J.C.E., 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C-l 13/89, *Rec.*, p. I-1417.
(4) C.J.C.E., 9 août 1994, *Van der Elst*, aff. C-43/93, *Rec.*, p. I-3803.
(5) Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *J.O.C.E.*, L 18 du 21 janvier 1997, p. 1. La multiplication des cas de fraude depuis l'élargissement de 2004-2007 a entraîné l'adoption de la directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) nº 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur, *JO*, L 159 du 28 mai 2014, p. 11.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

sur la nécessité de codifier la jurisprudence et il n'est pas rare de remarquer, à la lecture des actes du droit dérivé, que plusieurs considérants et articles ressemblent à des copier-coller des extraits jurisprudentiels. Dans la majorité des cas, la doctrine constate ce phénomène sans l'analyser plus, en le considérant en quelque sorte comme naturel. Cette façade de normalité ne doit, cependant, pas tromper. La reprise de la jurisprudence par le législateur n'a rien d'un procédé neutre et mécanique. C'est une opération conduite de manière consciente et animée par des choix politiques assumés. Autrement dit, le législateur n'est jamais un simple relais de la création prétorienne. Son intervention révèle sa volonté de reprendre en main la définition d'une politique ou le développement d'un secteur clé du droit du marché intérieur. Remplissant son rôle, le processus politique récupère ainsi un terrain dominé par l'interprétation judiciaire des dispositions des traités qui forment la Constitution économique européenne. Le législateur devient alors un acteur essentiel du mouvement d'évolution du droit de l'Union, au même titre que le juge.

Qu'arrive-t-il, plus précisément, lorsque les normes jurisprudentielles entrent dans le moule législatif ? Comment la jurisprudence est-elle insérée dans une approche législative ? En réalité, sa codification n'est jamais « à droit constant » ; le législateur ne se satisfait pas d'une simple mise en ordre des solutions jurisprudentielles. Tout exercice de codification, d'une part, implique l'effort d'apporter des précisions et des compléments au régime préalablement façonné de manière prétorienne. Ce processus entraîne, d'autre part, le risque de distorsion des principes jurisprudentiels, notamment par l'introduction de dérogations. Ce risque s'explique par la longueur et la complexité des procédures législatives européennes, par la réitération d'exigences nationales qui n'étaient pas, selon les États, suffisamment prises en compte par la Cour, et, enfin, par la nécessité d'arriver à des compromis politiques et juridiques. Ainsi, à l'issue du processus législatif, le dispositif jurisprudentiel se trouve consolidé, alimenté et légitimé, mais aussi altéré concernant au moins certains de ses aspects.

Le droit dérivé constitue, donc, le produit d'une écriture à plusieurs mains, au cœur de laquelle se situe la réception créative, par le législateur, de l'interprétation jurisprudentielle du droit primaire. Ce que nous souhaitons aborder, dans cette contribution, est justement ce que signifie de légiférer à la lumière de la jurisprudence, eu égard aux principes définis par celle-ci. Autrement dit, l'interaction, le dialogue entre la Cour et le législateur européen sera ici examiné du point de vue du second. Ce qui nous intéressera, c'est le positionnement du législateur à l'égard du juge, à savoir la « perspective relationnelle » (6), qui peut être celle de la complémentarité, de la convergence ou de la concurrence. En attirant l'attention sur le phénomène d'intégration législative des solutions jurisprudentielles, nous

(6) Ainsi V. Michel, « Le législateur européen et l'entrave », in L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 283. L'auteur distingue les figures de législateur « précurseur » et « codificateur » de la jurisprudence.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

espérons contribuer, ne serait-ce que d'une façon modeste, à la compréhension de la « fabrique » (7) du droit de l'Union. Cette compréhension doit beaucoup aux manuels et aux nombreux autres travaux du doyen Blumann, à qui nous souhaitons rendre un hommage respectueux et chaleureux.

I. – Pourquoi le législateur décide-t-il de codifier la jurisprudence ?

A. – Afin de rendre le droit plus accessible et d'une application plus générale et efficace

La consolidation des solutions jurisprudentielles par un instrument législatif est le plus souvent (et à juste titre) présentée par la Commission, lorsque celle-ci exerce sa prérogative d'initiative législative, comme un gage d'accessibilité du droit de l'Union. Cette accessibilité, imposée au nom du principe de sécurité juridique, implique la nécessité de dissiper les doutes et de combler les lacunes inévitablement laissées par l'œuvre du juge. En effet, le caractère par définition casuistique de la jurisprudence, même lorsque celle-ci est articulée de manière claire et cohérente, peut affecter la compréhension, voire la connaissance, par les opérateurs économiques et par les simples particuliers, même les plus vigilants, de leurs droits et devoirs découlant des traités. Les autorités nationales peuvent aussi éprouver des doutes, face à une abondante jurisprudence contenant des nuances et des exceptions, quant à leurs obligations dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Le législateur européen se doit alors d'intervenir afin de systématiser et de compléter les solutions du juge en les inscrivant dans une approche globale. La codification de la jurisprudence devient ainsi une occasion d'apporter davantage de clarté, de précision et de simplification du droit.

Ces propos peuvent être utilement illustrés par la directive relative aux services dans le marché intérieur (8), conçue dans la perspective de créer un marché unique des services, étant donné leur importance dans l'économie européenne et mondiale d'aujourd'hui. Si l'adoption de la directive n'a pas été engagée pour répondre à la situation créée par une jurisprudence, le législateur se situait dans un ensemble jurisprudentiel particulièrement dense et suffisamment cristallisé. Plusieurs commentateurs de cette directive, tout en formulant des critiques sur des points particuliers, ont salué l'effort de consolidation de la jurisprudence et l'ont présenté comme l'un des apports essentiels de la démarche législative (9). Il est, en effet,

(7) Ce terme a été forgé à propos du droit administratif interne par le sociologue B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002. Il a été repris, concernant le droit européen, par P. Mbongo et A. Vauchez (dir.), *Dans la fabrique du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

(8) Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, L 376 du 27 décembre 2006, p. 36.

(9) Voy., p. ex., H. Badinger et N. Maydell, « Legal and economic issues in completing the EU internal market for services : an interdisciplinary perspective », (2009) 47 *JCMS*, p. 693 ; C. Barnard, « Unraveling the services directive », (2008) 45, *CMLRev.*, p. 323 ; G. Davies, « The

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

difficilement contestable qu'un prestataire ou un destinataire de services se retrouvera plus facilement dans un document d'une quarantaine d'articles que dans un *corpus* jurisprudentiel particulièrement touffu. De plus, la transposition de la directive « services » a entraîné une vaste opération d'examen d'euro-compatibilité (*screening*) des différentes réglementations économiques dans plusieurs pays (notamment en France, au Royaume-Uni et aux Pays-Bas). L'abondant dispositif jurisprudentiel existant en la matière n'a jamais conduit à un mouvement de « dépoussiérage » analogue, ô combien bénéfique à l'avancement de la réalisation du marché intérieur des services.

Par ailleurs, la codification des solutions jurisprudentielles est de nature à lever la part d'incertitude entourant leur potentiel d'application générale. En effet, même lorsque ces solutions sont dépourvues d'ambiguïtés, elles peuvent parfois être considérées comme étant étroitement liées aux circonstances particulières d'une affaire. Ainsi, des interrogations existaient quant à la portée de la formule novatrice issue de l'arrêt *Martinez Sala* (10), portant sur le droit au traitement égal des citoyens migrants (économiquement inactifs) qui résident légalement dans l'État d'accueil. Entérinée par l'article 24.1 de la directive relative au droit de séjour des citoyens de l'Union (11), cette formule se voit émancipée du contexte factuel de l'affaire dans laquelle elle est née (12). Il en va de même des principes élaborés par la Cour en matière de remboursement des frais médicaux dispensés dans un État membre autre que l'État d'affiliation. En les systématisant, la directive relative aux droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers (13) vise, comme l'affirme son considérant 8, à « parvenir à une application plus générale et efficace des principes établis au cas par cas par la Cour de justice ». Enfin, il convient de citer les préoccupations exprimées au considérant 31 de la directive sur la passation des marchés publics (14) :

Services directive : extending the country of origin principle and reforming public administration », 32 (2007), *E.L. Rev.*, p. 232.

(10) C.J.C.E., 12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C-85/96, *Rec.*, p. I-2691.

(11) Directive 2004/38/CE du Parlement 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 sur le territoire des États membres, *J.O.U.E.*, L 158 du 30 avril 2004, p. 77.

(12) Cependant, une partie de la doctrine s'oppose à la démarche législative faisant d'une solution jurisprudentielle, sortie de son contexte factuel particulier la base d'une disposition législative générale, estimant qu'il y a là une confusion des rôles du juge et du législateur. Voy. not. K. Hailbronner, « Union citizenship and access to social benefits », (2005), 42, *CMLRev.*, p. 1245 : « the unreflected repetition of the Court's phraseology in the Freedom of Movement Directive is ill-advised. The Court's task is to decide in individual cases rather than framing general applicable Community law. Member States should not avoid their responsibility to draft the future law on citizenship even if this may imply difficult questions and conflicts ».

(13) Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 2011, relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *J.O.U.E.*, L 88 du 4 avril 2011, p. 45. Voy. L. Dubouis, « La directive 2011/24 relative à l'application des droits des patients en matière de soins transfrontaliers », *RDSS*, 2011, p. 1059.

(14) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.U.E.*, L 94 du 28 mars 2014, p. 65.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

« Il existe une importante insécurité juridique quant à la question de savoir dans quelle mesure les règles sur la passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre entités appartenant au secteur public. La jurisprudence applicable de la Cour de justice fait l'objet d'interprétations divergentes entre États membres et même entre pouvoirs adjudicateurs. » Ces préoccupations motivent l'intervention du législateur, qui apporte les précisions nécessaires afin que les principes jurisprudentiels puissent être pleinement appliqués.

B. – Afin de légitimer une jurisprudence contestée et de plier les résistances étatiques

Toutes les créations de la Cour ne sont pas accueillies avec enthousiasme par les gouvernements nationaux. Le vent de contestation se lève notamment lorsque l'emprise des libertés de circulation est perçue comme une intrusion dans une « sphère préservée » de compétence nationale, par exemple, la compétence en matière sociale. Or, lorsque les autorités nationales n'adhèrent pas spontanément à l'interprétation prétorienne, lorsque l'application judiciaire du droit primaire n'est pas effective face aux diverses règles et pratiques nationales qui ont la vie dure, l'adoption d'instruments de droit dérivé devient indispensable (15). En codifiant la jurisprudence, le législateur apporte son soutien au juge, il exprime sa détermination d'œuvrer dans la même direction.

L'adoption de la directive « droits des patients » fournit un bon exemple à cet égard. L'origine de cette directive se trouve dans l'abondante jurisprudence qui a vu le jour depuis 1998 et l'arrêt fondateur *Kohll* (16), appréhendant les soins médicaux sous l'angle de la libre prestation de services (17). En dépit des nuances qu'elle apporte et de la place qu'elle accorde aux contraintes pesant sur les systèmes nationaux de protection sociale, l'approche de la Cour en la matière a été souvent critiquée comme étant peu respectueuse des considérations d'intérêt général sous-tendant les politiques nationales de santé publique. Certains États estimaient, en effet, que cette jurisprudence entraînait un risque pour la qualité des soins dispensés sur leur territoire ainsi que des coûts additionnels affectant la viabilité de leurs systèmes. La résistance étatique se concrétisait non seulement dans le discours des autorités nationales, mais, de manière plus préoccupante, dans le refus de mise en conformité du droit national avec la jurisprudence. En effet, plusieurs études commandées par la Commission ont montré que nombre d'États n'avaient pas modifié leurs régimes juridiques et leurs pratiques

(15) Ainsi S. O'Leary, « Free movement of persons and services », in P. Craig et G. De Burca (eds), *The Evolution of EU Law*, 2e éd., Oxford, OUP, 2011, p. 499, et S. Weatherill, « Promoting the consumer interest in a integrated services market », *Mitchell Working Paper Series*, Europa Institute Edinburgh, 1/2007.

(16) C.J.C.E., 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, *Rec.*, p. I-1931.

(17) Pour une synthèse de cette jurisprudence, voy. V. Hatzopoulos, « Health law and policy : the impact of the EU », in G. de Burca (ed.), *EU Law and the Welfare State*, Oxford, OUP, p. 111.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

pour intégrer les exigences de la jurisprudence de la Cour ; que les systèmes nationaux continuaient à opposer aux demandes de remboursement de leurs assurés des motifs douteux, voire ouvertement contraires à cette jurisprudence (18).

L'adoption de la directive « droits des patients » vise à répondre au défi de légitimer les solutions jurisprudentielles en matière de soins de santé et de convaincre les États à abandonner leurs réticences face à elles (19). Ainsi, la directive mène « une entreprise d'occultation de l'image libérale d'une approche des soins sous l'angle de la prestation de service[s] », notamment par « la mise en exergue de principes généraux communs » et par « la discrétion, ne serait-ce que sémantique, de la dimension "service" » (20). La décision de consolider la jurisprudence entraîne un changement volontaire de perspective : l'intitulé de la directive ne se réfère pas aux services médicaux, mais aux droits des patients alors que les considérants liminaires mettent l'accent sur l'importance des considérations communes de santé publique (21). Dès lors, si l'intention du législateur européen consiste clairement à codifier la jurisprudence sur la libre prestation des services de soins transfrontaliers (22), dans le même temps, il essaye consciemment de placer cette codification dans un cadre moins « marché intérieur » (23) et plus « santé publique et protection sociale » (24). C'est là une manière d'obtenir le consensus nécessaire à l'aboutissement du processus législatif.

---

(18) Voy. Editorial comments, « Towards an improved framework for cross-border healthcare », 45 (2008) *CMLRev*., p. 1325.

(19) Cela n'a pas été facile. La résistance étatique a, en effet, continué au niveau de la procédure législative. L'Espagne a réussi à former autour d'elle une minorité de blocage (Grèce, Portugal, Pologne, Lituanie, Roumanie, Slovaquie) ; le texte proposé par la Commission a été rejeté en première lecture au sein du Conseil. Heureusement, le jeu des négociations a finalement permis de dépasser cette opposition.
La résistance étatique est également illustrée par des recours en manquement introduits par la Commission contre l'Espagne et la France concernant certains aspects disputés de la jurisprudence sur les services de santé et son interaction avec le régime prévu par le règlement n° 1408/71 : C.J.C.E., gde ch., 15 juin 2010, *Commission c. Espagne*, aff. C-211/08, *Rec*., p. I-5267 et C.J.C.E., gde ch., 5 octobre 2010, *Commission c. France*, aff. C-512/08, *Rec*., p. I-8833.

(20) M. Blanquet, « Les soins transfrontaliers en Europe : de la difficulté de codifier une jurisprudence libérale », in M. Blanquet et N. de Grove-Valdeyron (dir.), *Études de droit communautaire de la santé et du médicament*, Toulouse, PU des Sciences sociales de Toulouse, 2009, n° 5, p. 230.

(21) L. Driguez et V. Michel, « La directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers : progrès pour la santé ou pour le marché ? », *Europe*, octobre 2011, étude n° 9.

(22) Nombreux considérants de la directive se réfèrent explicitement aux arrêts de la Cour. Voy. not. les cons. 26, 38, 40 et 44.

(23) Notons, à cet égard, que la Commission avait, dans un premier temps, inclus dans sa proposition de directive générale « services » des dispositions codifiant la jurisprudence relative aux soins de santé. Cependant, le Parlement européen et le Conseil considérant cette démarche inappropriée, la Commission a décidé de leur consacrer un instrument législatif distinct, qui refléterait leur spécificité.

(24) Dans le même sens, voy. M. Blanquet, « Les soins transfrontaliers en Europe : de la difficulté de codifier une jurisprudence libérale », *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

C. – Afin de faciliter l'obtention d'un consensus politique sur des questions épineuses

La jurisprudence peut servir de base solide de départ susceptible d'aider l'avancement de la discussion législative. Son utilisation peut constituer une manière utile et légitime de faciliter les compromis politiques et d'atteindre un consensus sur des sujets controversés. C'est ce qui s'est passé quand le Parlement européen, sensible aux réactions des milieux politiques et syndicaux, a rejeté la première proposition de directive « services » (25) visant à consacrer le principe du pays d'origine. La Commission s'est alors repliée sur un projet entérinant l'essentiel de l'application de la libre prestation de services (et du droit d'établissement) faite par la Cour de justice (26). C'est ce projet qui a réussi à obtenir l'aval du Parlement européen et du Conseil et à aboutir à la directive « services ».

Dès lors, la jurisprudence constitue pour le législateur la pierre sur laquelle il peut bâtir plus convenablement un édifice juridique. Ainsi, les directives « séjour des citoyens » et « droits des patients » participent pleinement à la construction d'un statut de citoyen et de patient mobiles, construction inaugurée dans l'œuvre prétorienne. En effet, lorsque les premières pièces d'un dispositif juridique sont posées par le juge, le législateur peut avancer avec plus d'aisance afin de consacrer les droits des individus de façon plus complète. Ainsi, un commentateur averti de la directive « séjour des citoyens » n'a pas manqué de relever qu'« en particulier [...] le Conseil ne semble pas avoir envisagé de revenir sur la position adoptée par la Cour de justice en matière d'accès des citoyens à l'assistance sociale qui prête pourtant à controverse » (27). En effet, l'article 14.3 entérine l'enseignement de l'arrêt *Grzelczyk* (28), en vertu duquel une mesure d'éloignement ne peut pas être la conséquence automatique du recours à l'assistance sociale, alors que le considérant 16 réitère presque mot pour mot les « lignes directrices » données par cet arrêt, selon lesquelles l'État 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 » (29). Autrement dit, même si l'ébauche jurisprudentielle de la citoyenneté sociale avait suscité une certaine irritation de la part des États, elle est parvenue à cristalliser

(25) *COM* (2004) 2 final, du 13 janvier 2004.

(26) Voy. M. Fallon et A.-C. Simon, « La directive services : quelle contribution au marché intérieur ? », *JTDE*, 2007, n° 136, p. 33.

(27) 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'UE*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 21.

(28) C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.*, p. I-6193.

(29) La codification de ces enseignements jurisprudentiels a été sévèrement critiquée par K. Hailbronner, « Union citizenship and access to social benefits », *op. cit.* : « it may perhaps make some sense in the particular context they were used as a basis for checking the legislative implementation of a directive by the Member States. As general rules, they are at best useless if not harmful ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

autour d'elle le consensus lors de l'exercice, par le Conseil, de son rôle de colégislateur.

Par ailleurs, le fait que la jurisprudence constitue une base de formation de consensus au sein du Parlement européen et du Conseil amène souvent la doctrine à formuler des attentes élevées quant à l'intervention législative. Cette dernière doit représenter une valeur ajoutée par rapport à l'acquis jurisprudentiel, valeur souvent appréciée en termes d'octroi de nouveaux droits aux individus. Ainsi, le bilan est globalement positif pour la directive 2004/38, dès lors que celle-ci crée le droit de séjour permanent, élargit la notion des « membres de la famille du citoyen » bénéficiant de la liberté de circulation et renforce la sécurité du séjour des résidents de longue durée (30). En revanche, la doctrine relativise l'apport de la directive 2011/24 (31), au motif que les droits des patients qui s'y retrouvent sont ceux qui existaient déjà dans la jurisprudence (32). Seul un droit à l'information sanitaire dont l'exercice doit être facilité par la mise en place des points de contact nationaux peut être relevé à titre de nouveauté (33). Par ailleurs, même si la directive met en exergue certaines valeurs européennes en matière de santé publique, leur conversion en droits concrets pour des individus ne suit pas (34).

II. – La codification reste-t-elle fidèle à la jurisprudence ?

Lorsque le législateur décide d'intégrer dans son œuvre des principes jurisprudentiels se pose toujours la question de la fidélité de la codification. Cette question est cruciale dès lors que le droit produit par le législateur est appelé à coexister avec le droit primaire, dont l'interprète authentique est la Cour. Ainsi, les directives « services » et « séjour des citoyens » sont des instruments généraux au champ étendu, qui se superposent au domaine des dispositions du traité. Quant aux directives « droits des patients » ou « marchés publics » (35), même si elles couvrent un domaine spécifique et ont,

(30) Pour une analyse détaillée, voy. A. Iliopoulou, « Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : la directive 2004/38/CE », *RDUE*, 2004, p. 523.

(31) Voy., p. ex., N. de Grove-Valdeyron, « La directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité ? », *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, p. 299 ; S. de La Rosa, « The directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law », 49 (2012) *CMLRev.*, p. 15.

(32) Il s'agit du droit d'accès aux soins médicaux transfrontaliers, du droit au remboursement de leur coût et du droit à certaines garanties procédurales concernant la délivrance ou le refus de l'autorisation préalable.

(33) Pour une analyse des différents aspects de ce droit, voy. N. de Grove-Valdeyron, « La directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité ? », *op. cit.*

(34) Ainsi S. de La Rosa, « The directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law », *op. cit.*

(35) Deux nouvelles directives « secteurs classiques » et « secteurs spéciaux » viennent de remplacer les deux directives « marchés publics » de 2004 : directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

par conséquent, un champ plus limité, elles doivent être lues à la lumière de la disposition constitutionnelle « mère » qu'est l'article 56 TFUE.

A. – La règle : le législateur reste fidèle à la jurisprudence

Le corps, comme le préambule, des instruments législatifs souvent reflète réellement la jurisprudence de la Cour. À titre d'exemple, la directive « droits des patients » consolide l'essentiel des solutions jurisprudentielles concernant, par exemple, le montant du remboursement auquel peut prétendre le patient pour des soins reçus hors frontières (36) ou les conditions dans lesquelles l'État d'affiliation est obligé de délivrer une autorisation préalable pour un tel traitement (37). Quant à la directive « services », l'essentiel de ses chapitres III (établissement) et IV (services) est en harmonie avec la jurisprudence. Au niveau des définitions, la notion d'établissement, énoncée par l'article 4.5, est respectueuse des termes mêmes utilisés dans l'arrêt *Gebhard* (38). Puis le considérant 34 de la directive, qui porte sur la condition de « rémunération » dans le contexte des activités assurées ou financées par des entités publiques (comme l'éducation), est calqué sur les arrêts *Humbel* et *Wirth* (39). Par ailleurs, la directive « séjour des citoyens » concrétise l'ambition affichée de la Commission d'intégrer dans un instrument de droit dérivé l'acquis jurisprudentiel, particulièrement dense en matière de mobilité des personnes. Ainsi, à titre d'exemple, l'article 14.4 (b) de la directive consacre la solution de l'arrêt *Antonissen* (40), en empêchant l'éloignement du demandeur d'emploi, tant que celui-ci peut prouver qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a des chances réelles d'être engagé. Enfin, la formulation, dans le chapitre VI de la directive, des garanties de fond dont doit bénéficier un citoyen faisant l'objet d'une expulsion basée sur un motif d'ordre public fait clairement écho à la jurisprudence de la Cour, que la Commission avait déjà, dans une démarche pédagogique, synthétisée dans une communication de 1999 (41).

---

la directive 2004/18/CE, *J.O.U.E.*, L 94 du 28 mars 2014, p. 65 ; directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *J.O.U.E.*, L 94 du 28 mars 2014, p. 243.

(36) L'art. 7.4 de la directive entérine la solution de l'arrêt *Vanbraekel* (C.J.C.E., 12 juillet 2001, aff. C-368/98, *Rec.*, p. I- 5363) : le montant équivaut aux coûts qui auraient été pris en charge par l'État membre d'affiliation si ces soins avaient été dispensés sur son territoire, sans que le remboursement puisse excéder les coûts réels des soins reçus.

(37) L'art. 8.5 de la directive reprend la solution de l'arrêt *Watts* (C.J.C.E., 16 mai 2006, aff. C-372/04, *Rec.*, p. I-4325) : l'autorisation ne peut être refusée lorsque les soins ne peuvent être dispensés sur le territoire de l'État membre d'affiliation dans un délai acceptable sur le plan médical sur la base d'une évaluation générale et objective de l'état de santé du patient.

(38) C.J.C.E., 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C-55/94, *Rec.*, p. I-4186. L'établissement implique l'exercice d'une activité économique pour une durée indéterminée et au moyen d'une infrastructure stable à partir de laquelle la fourniture des services est réellement assurée.

(39) C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Humbel*, aff. C-263/86, *Rec.*, p. 5365, excluant l'enseignement public de la notion de service ; C.J.C.E., 7 décembre 1993, *Wirth*, aff. C-109/92, *Rec.*, p. I-6447, incluant l'enseignement privé payant dans la notion de service.

(40) C.J.C.E., 26 février 1991, *Antonissen*, aff. C-292/89, *Rec.*, p. I-745.

(41) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur les me-

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

L'alignement du législateur sur le juge est de nature à assurer la cohérence du droit dérivé avec le droit primaire, en évitant les conflits et les divergences. De surcroît, il permet à la jurisprudence d'évoluer dans un cadre déjà maîtrisé par la Cour et « familier » aux justiciables, ce qui est susceptible d'assurer un développement harmonieux du droit de l'Union.

Or, si la reprise loyale des solutions jurisprudentielles par le législateur présente dans la majorité des cas des avantages incontestables, son intérêt peut être questionné lorsque la jurisprudence qui fait l'objet de l'exercice codificatif s'est déjà révélée problématique dans sa mise en œuvre. Telle est la critique formulée à l'égard du paquet dit « Monti/Kroes » ou *Altmark*, qui doit son deuxième nom au célèbre arrêt (42), perçu comme une étape importante dans les rapports entre le service public et les exigences du marché intérieur (43). Cet arrêt a formulé les quatre critères que doivent remplir les compensations d'obligations de service public afin de ne pas constituer une aide d'État et, par conséquent, d'échapper à l'obligation de notification préalable. Cependant, la clarté et le caractère opérationnel de ces critères ont été souvent contestés ; remplir leur intégralité demeure exceptionnel, voire impossible, dans la pratique (44). Pourtant, la Commission, souhaitant « reprendre en main » (45) la matière sensible des aides d'État, a fait de cet « arrêt de principe la base d'un ensemble législatif plus élaboré » (46). Ainsi, la décision de la Commission de 2005 (47), premier des trois textes composant le paquet *Altmark* (48), a consolidé les quatre conditions de l'arrêt *Altmark*. Si ces conditions ne sont pas satisfaites (ce qui est le plus souvent le cas), les compensations d'obligations de service public demeurent

---

sures spéciales concernant le déplacement et le séjour des citoyens de l'Union qui sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique (directive 64/221/CEE), du 19 juillet 1999, *COM* (1999) 372 final.

(42) C.J.C.E., 24 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00, *Rec.*, p. I-7747.

(43) Sujet auquel le doyen Blumann a été particulièrement sensible. Voy. ses conclusions au colloque « Service public et Communauté européenne : entre intérêt général et le marché », t. 2, Paris, La Documentation française, 1998, ainsi que sa contribution aux « Quelques variations sur le thème du service public en droit de l'Union européenne », in *Le droit administratif : permanence et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 45.

(44) Voy. M. Merola et C. Medina, « De l'arrêt *Ferring* à l'arrêt *Altmark* : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics ? », *Cah. dr. eur.*, 2003, p. 639.

(45) L. Idot, « Le paquet de juillet 2005 sur les services d'intérêt économique général : codification de la jurisprudence *Altmark* ou reprise en main de la Commission ? », *Europe*, octobre 2005, alerte 75.

(46) Ph. Maddalon, « Paquet *Altmark* : quelle sécurité juridique ? », *Contrats, concurrence, consommation*, avril 2006, étude n° 5.

(47) Décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'art. 86, § 2, TCE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.*, L 312 du 29 novembre 2005, p. 67.

(48) Les deux autres textes composant le paquet *Altmark* sont l'encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public, *J.O.U.E.*, C297 du 29 novembre 2005, p. 4, et la directive 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *J.O.U.E.*, L 312 du 29 novembre 2005, p. 47.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des aides soumises à l'obligation de notification préalable. La Commission a ainsi souhaité maintenir un droit de regard étendu en la matière, en vérifiant au cas par cas les données transmises, afin d'éviter des risques de surcompensation. Or le paquet *Altmark*, peu utilisé, a été remplacé par le paquet *Almunia* (49). Si ce dernier reprend les critères dégagés de l'arrêt *Altmark*, il apporte ensuite des précisions qui suggèrent une approche plus proportionnée des compensations de service public. Mieux construit, le nouveau paquet est surtout plus praticable.

B. – L'exception : le législateur se différencie par rapport à la jurisprudence

Le vocable de « codification » utilisé par le législateur peut parfois cacher des procédés plus subtils conduisant à une altération de la norme jurisprudentielle. Cette altération peut indiquer que le législateur n'adhère pas pleinement à l'interprétation du juge. Elle peut aussi traduire la préférence du législateur pour une solution identique sur le fond que celle de la Cour, mais avec un champ d'application plus large ou, à l'inverse, plus restreint. L'étude de la directive « services » est instructive à ces égards.

Tout d'abord, l'exclusion du champ d'application de la directive « services » des soins de santé, des services audiovisuels ainsi que des jeux de hasard (50) peut être perçue comme « trahissant » l'approche de la Cour qui applique à ces types d'activité le même régime général fondé sur l'article 56 TFUE. Cette exclusion s'explique, cependant, par les préoccupations exprimées par différents milieux du fait de la nature particulière (et sensible) de ces services, pour lesquels des instruments législatifs spécifiques ont été jugés préférables (51).

Par ailleurs, le législateur prend des libertés avec la jurisprudence lorsque le considérant 41 de la directive « services » affirme que la notion d'ordre public, « telle qu'interprétée par la Cour de justice », peut comprendre des questions touchant, entre autres, au bien-être des animaux. En effet, aucun arrêt n'a (à notre connaissance) reconnu un tel objectif légitime comme une

(49) Ce paquet est composé des quatre textes suivants : décision 2012/21/UE de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'art. 106, § 2, TFUE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.*, L 7 du 11 janvier 2012, p. 3 ; règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des art. 107 et 108 TFUE aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.*, L 114 du 26 avril 2014, p. 8 ; communication de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application des règles de l'UE en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, C (2011) 9404 final ; communication de la Commission, « Encadrement de l'UE applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public », (2011), 2012/C 8/03.

(50) Art. 2.2, sous f, g et h. Concernant ces exclusions, voy. F. Picod, « Le champ d'application de la directive n° 2006/123/CE », *Europe*, juin 2007, p. 10.

(51) Ces instruments, intégrant d'ailleurs la jurisprudence de la Cour, existent pour les soins de santé et les services audiovisuels, mais n'ont pas encore vu le jour concernant les jeux de hasard.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

composante de la réserve d'ordre public. L'« enrichissement » de la notion d'ordre public par le considérant 41 semble exprimer une sensibilité particulière du législateur, probablement influencé par le lobbying des associations de protection des animaux.

À d'autres occasions, les raisons motivant le choix du législateur de se différencier du juge sont moins claires. Ces cas de figure sont plus problématiques, comme l'illustre l'exemple suivant. La directive « services » impose que les exigences nationales en matière d'*établissement* soient justifiées par une « raison impérieuse d'intérêt général », épousant ainsi la substance de la jurisprudence. En revanche, la directive s'écarte sensiblement de la jurisprudence concernant les restrictions à la *prestation de services*. En effet, selon l'article 16.2, seules peuvent être invoquées en vue de leur justification des « raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement ». Aucune référence n'est ici faite à la construction jurisprudentielle des motifs d'intérêt général. Cette construction peut-elle cependant être simplement écartée à la lumière des exigences de la hiérarchie des normes ? Ces exigences sont d'ailleurs rappelées par l'article 3.3, en vertu duquel « les États membres appliquent les dispositions de la présente directive conformément aux règles du traité régissant le droit d'établissement et la libre circulation des services ». Le législateur aurait dû mieux expliquer les raisons de sa démarche en matière de services (52), notamment s'il souhaitait amener la Cour à infléchir sa jurisprudence en la matière.

Enfin, la rédaction de la directive « services » laisse subsister des doutes sur deux questions essentielles quant à son rapport avec la jurisprudence. D'une part, il n'est pas clair si la directive véhicule le modèle de l'entrave (dit aussi modèle d'accès au marché), tel que concrétisé par la filière jurisprudentielle inaugurée par l'arrêt *Säger* (53) ou, plutôt, une approche basée sur l'interdiction des discriminations. D'autre part, la directive ne répond pas à la question de savoir si son chapitre relatif à l'établissement couvre uniquement les activités transfrontalières, conformément à la jurisprudence, ou s'il va au-delà, en s'appliquant également aux situations dites purement internes.

Parfois, le processus législatif devient une occasion pour les institutions normatives de réagir à l'égard de certains aspects de l'œuvre prétorienne. Ces institutions signalent alors à la Cour leur position, dans un effort d'orienter ses futures interprétations. Dans cette hypothèse, le vocable de la consolidation de la jurisprudence peut, en réalité, dissimuler une réaction à celle-ci et entraîner son altération. La directive « marchés publics » dite « secteurs

(52) C. Barnard, « Unraveling the services directive », *op. cit.*, ainsi que G. Davies, « The Services directive : extending the country of origin principle and reforming public administration », *op. cit.*, ont proposé plusieurs explications concernant cette démarche du législateur. Cependant, la véritable intention de ce dernier reste obscure, ce qui est regrettable.

(53) C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Säger*, aff. C-76/90, *Rec.*, p. I-4221.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

classiques » de 2004 (54) fournit une belle illustration à cet égard. Cette directive, désormais remplacée par la directive 2014/24 (55), visait à simplifier le droit de la commande publique en regroupant le contenu des quatre directives et en intégrant les principes dégagés par la Cour en la matière. En effet, en vertu de son premier considérant, la directive « est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence sur les critères d'attribution qui précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social ». Cependant, la directive de 2004 ne reflétait pas pleinement l'acquis jurisprudentiel en la matière. En effet, si elle accueillait largement des considérations environnementales, conformément à cet acquis, elle laissait peu de place aux considérations sociales (56).

Plus précisément, dans les arrêts *Beentjes* et *Nord-Pas-de-Calais* (57), la Cour avait reconnu que des conditions sociales (p. ex., des mesures visant à lutter contre le chômage) pouvaient constituer des critères d'attribution d'un marché public (58). Ce faisant, la Cour avait rejeté l'argumentation de la Commission, selon laquelle des considérations sociales pouvaient être qualifiées des conditions d'exécution du contrat, mais non pas des critères d'attribution du marché. La position de la Cour a été reprise au cours de la procédure d'adoption de la directive « secteurs classiques » de 2004 par le Parlement européen. Ce dernier avait obtenu un rôle institutionnel plus important que par le passé comme une conséquence du passage de la procédure de coopération à la procédure de codécision pour l'adoption de droit dérivé dans le secteur des services. Cependant, la solution de la Cour a rencontré l'opposition de la Commission, soutenue par le Conseil (59). La Commission a obtenu une revanche à travers le processus législatif, dès lors que, dans la directive de 2004, les considérations sociales étaient déplacées du stade d'attribution du marché à l'étape d'exécution du contrat (60). Par conséquent, contrairement à l'enseignement des arrêts *Beentjes* et *Nord-Pas-de-Calais*, des obligations de contenu social ne pouvaient pas être invoquées pour rejeter une offre. Elles pouvaient simplement être imposées au soumissionnaire retenu. Dès lors, si la substance sociale de la jurisprudence

(54) Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O.U.E.*, L 134 du 30 avril 2004, p. 114.

(55) Préc.

(56) S. Pignon, « Les nouvelles directives communautaires portant coordination des procédures de passation des marchés publics », *AJDA*, 12 juillet 2004, p. 1411.

(57) C.J.C.E., 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff. C-31/87, *Rec.*, p. 4635 ; C.J.C.E., 20 septembre 2000, *Commission c. France (Nord-Pas-de-Calais)*, aff. C-225/98, *Rec.*, p. I-7213.

(58) Sous condition que ces critères respectent les principes fondamentaux du droit de l'Union, notamment le principe de non-discrimination.

(59) Concernant ce conflit institutionnel et son influence sur l'architecture de la directive de 2004, voy. C. Kilpatrick, « Internal market architecture and the accommodation of labour rights. As good as it gets ? », in Ph. Syrpis (ed.), *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, CUP, 2012, p. 205.

(60) Art. 26 de la directive 2004/18.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

faisait son apparition à travers le premier considérant de la directive de 2004 (61), elle restait absente du corps principal de celle-ci. La nouvelle directive de 2014 remédie à cette situation dès lors que les impératifs sociaux peuvent désormais constituer des critères d'attribution des marchés (62).

Enfin, le législateur européen n'est pas exempt d'erreur. La divergence entre une disposition législative et la jurisprudence normalement correspondante peut être expliquée par l'inadvertance des institutions normatives face à un changement de cap de la Cour. Il en va ainsi de la définition du champ d'application territorial du droit de séjour des citoyens européens, énoncée par la directive 2004/38. La proposition de cette directive, émise le 23 mai 2001 (63), visait à entériner, dans son article 19, la solution de l'arrêt *Rutili* (64), en vertu de laquelle des restrictions territoriales au droit de séjour, considérées comme non couvertes par la réserve d'ordre public, ne pouvaient être prononcées, par un État membre, à l'égard des migrants communautaires que dans les cas dans lesquels de telles mesures étaient prévues pour les nationaux de l'État en cause. Or, en novembre 2002, alors qu'était en cours la discussion de la proposition, la Cour a rendu l'arrêt *Olazabal* (65), qui procède au revirement de la solution *Rutili*. Selon la nouvelle interprétation de l'article 45.3 TFUE donnée dans l'arrêt *Olazabal*, l'État d'accueil peut adopter, pour des raisons d'ordre public, des restrictions partielles au droit de séjour des travailleurs migrants, même lorsque le même type de mesures n'existe pas pour les nationaux. Les restrictions partielles doivent, néanmoins, respecter le principe de proportionnalité.

Le changement opéré par l'arrêt *Olazabal* semble avoir échappé au Parlement européen, qui a présenté ses amendements le 23 janvier 2003 (66). Il n'est pas non plus pris en compte par la Commission dans la proposition modifiée de la directive, présentée le 15 avril 2003 (67). De son côté, le Conseil n'a pas réagi au changement. Ainsi, l'article 22 de la directive, adoptée finalement en avril 2004, énonce, reprenant les termes de l'arrêt *Rutili*, que des limitations territoriales au droit de séjour « peuvent seulement être établies par les États membres dans les cas où elles sont prévues également pour leurs propres ressortissants ».

Cet exemple illustre les inconvénients que peut présenter la méthode législative consistant à codifier des solutions jurisprudentielles au moment où

(61) C. Kilpatrick, « Internal market architecture and the accommodation of labour rights. As good as it gets ? », *op. cit.*, souligne « the institutional significance of recitals as a privileged means of managing inter-institutional conflict and forging compromise in the legislative process ».

(62) Art. 67 de la directive 2014/24.

(63) *COM*(2001) 257 final.

(64) C.J.C.E., 25 octobre 1975, *Rutili*, aff. C-36/75, *Rec.*, p. 1219.

(65) C.J.C.E., 26 novembre 2002, *Olazabal*, aff. C-100/01, *Rec.*, p. I-10981.

(66) Rapport « Santini » du 23 janvier 2003, A5-0009/2003.

(67) *COM*(2003) 199 final. Dans cette proposition modifiée, la Commission prend en considération l'apport de l'arrêt *Baumbast et R.* (C.J.C.E., 17 septembre 2002, aff. C-413/99, *Rec.*, p. I-7091), rendu un mois avant l'arrêt *Olazabal*. Ce qui rend plus curieuse la « méconnaissance » de ce dernier arrêt.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

celles-ci se modifient. Actuellement, il existe au sein du droit de l'Union une interprétation jurisprudentielle du droit primaire (art. 45.3 TFUE) qui permet l'interdiction partielle du territoire, en vue de préserver l'ordre public, même lorsque des mesures analogues ne peuvent être adoptées contre les nationaux (68). Il existe aussi une disposition du droit dérivé qui impose l'inverse. Il serait souhaitable que le législateur intervienne pour rétablir la cohérence du droit de l'Union et rendre l'application de la directive par les autorités nationales plus aisée.

(68) Pour une analyse différente, moins convaincante selon nous, voy. C. URBANO DE SOUSA, « Le droit des membres de la famille du citoyen de l'Union européenne de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres dans la directive 2004/38 », in J.-Y. CARLIER et E. GUILD (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'UE*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 103 : « le législateur communautaire, outre qu'il reprend la jurisprudence *Rutili*, inverse la jurisprudence *Olazabal*, la rendant *contra legem a posteriori* ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

UNITÉ ET DUALITÉ DE L'UNION EUROPÉENNE

Robert KOVAR

Professeur émérite de l'Université de Strasbourg
Ancien président de l'Université Robert Schuman

L'Union économique et monétaire (UEM) devait être l'aboutissement du processus d'intégration économique pour l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Cet objectif n'a pas été pleinement atteint. D'une part, l'UEM est loin d'être achevée ; d'autre part, tous les États de l'Union européenne ne se sont pas engagés dans cette entreprise. Ils n'ont pas voulu ou n'ont pas pu rejoindre la monnaie unique ni accepter les conséquences qui résultent nécessairement d'une intégration aussi prononcée.

À l'origine, cette situation ne devait être que provisoire, à l'exception cependant du Royaume-Uni dont le refus était définitif. Même s'il n'en est pas ainsi pour d'autres États qui, aujourd'hui encore, demeurent en dehors de l'union monétaire, cette situation perdure depuis plus d'une décennie et s'impose comme une réalité qui pèse et pèsera sur l'évolution de l'intégration européenne. Les structures et le droit de l'Union européenne en portent déjà les marques.

L'Union européenne englobe deux groupes d'États : les uns ont l'euro pour monnaie commune, les autres ont conservé leur monnaie nationale. On comprend aisément que les intérêts de ces deux catégories d'États peuvent différer sensiblement. Le partage d'une monnaie unique impose nécessairement la mise en place d'une union économique qui n'apparaît pas un impératif essentiel aux États qui ont précisément choisi de conserver leurs monnaies pour ne pas avoir à accepter les disciplines qu'elle implique.

Même si ce dualisme est tempéré par des dispositifs destinés à assurer une cohérence suffisante de l'Union européenne dans le domaine des politiques économiques et monétaires, la nécessité de doter la « zone euro » de règles et de mécanismes propres lui garantissant un degré d'intégration conforme aux exigences du fonctionnement d'une union monétaire s'affirme avec une force grandissante sous l'effet de la crise. Cet impératif engendre un processus orienté vers une autonomie croissante de la zone euro qui interpelle l'architecture de l'Union européenne, voire même son être (I). D'où une tension évidente entre l'autonomisation de la zone euro et la préservation d'une cohérence suffisante de l'ensemble de l'Union européenne (II).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Unité et dualité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

I. – L'AUTONOMISATION DE LA ZONE EURO

L'identité de la zone euro n'a été consacrée conventionnellement qu'en 2007 par le Traité de Lisbonne. Conscient de ce qu'on ne pouvait espérer que l'euro ne devienne, avant un temps certain, la monnaie unique de l'Union européenne, les États ont reconnu la nécessité de prévoir des dispositions propres au groupe d'États membres ayant fait le choix de la monnaie unique. Ce choix faisait que les intérêts de ces États se différenciaient de ceux des autres membres de l'Union européenne et créaient entre eux une solidarité particulière.

La conclusion du Traité de Lisbonne a été un moment déterminant du processus d'autonomisation de la zone euro. Il s'est traduit à la fois par la reconnaissance de responsabilités qui lui sont propres (A), la mise en place d'organes spécifiques (B) et de règles particulières (C).

A. – Des responsabilités propres

Le premier apport significatif du Traité de Lisbonne est d'avoir reconnu aux États membres de la zone euro le droit de prendre seuls les mesures qui les intéressent directement.

C'est évidemment la politique monétaire qui constitue l'apport essentiel à l'autonomie de la zone euro, puisque la maîtrise de cette politique appartient à titre exclusif à la Banque centrale européenne dont la gouvernance est assurée par les seuls représentants des banques centrales des États dont la monnaie est l'euro.

Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne consacre un chapitre aux dispositions propres aux États membres dont la monnaie est l'euro. Son article 136 stipule que ces États seront les seuls à voter à l'occasion de l'adoption des grandes orientations de politique économique (GOPE) propres à la zone euro ainsi que dans le cadre de la surveillance multilatérale du respect des GOPE et de la procédure pour déficit excessif, le renforcement de la surveillance de la discipline budgétaire lorsque les États membres dont la monnaie est l'euro sont concernés. Ce traité ouvre également certaines possibilités d'assurer la place de l'euro dans le système monétaire international en adoptant dans le cadre du Conseil, sur proposition de la Commission, une décision établissant les positions communes concernant les questions qui revêtent un intérêt particulier pour l'Union économique et monétaire, ou en assurant une représentation unifiée au sein des institutions et des conférences financières internationales compétentes. Dans ces deux cas également, seuls les membres du Conseil représentant les États membres dont la monnaie est l'euro prennent part au vote (1).

Le souci de garantir les intérêts propres des États appartenant à la zone euro se retrouve dans la procédure d'admission d'un nouveau membre dans

(1) Art. 138 TFUE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Unité et dualité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

cette zone. Depuis l'entrée en vigueur du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, si les États membres de l'Union européenne dans leur ensemble sont appelés à se prononcer, ils statuent sur la recommandation des seuls États qui appartiennent à cette zone (2). Cette solution est le résultat d'un compromis, le Royaume-Uni s'étant opposé à la proposition de la France et de l'Allemagne de réserver le droit de vote qu'aux seuls États dont l'euro est la monnaie.

B. – Des organes spécifiques

Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne la zone euro ne disposait formellement d'aucune organisation spécifique. Les ministres des Finances des États dont l'euro était la monnaie se réunissaient cependant pour discuter des questions liées aux responsabilités spécifiques qui leur incombaient de ce fait. L'existence de l'Eurogroupe sera consacrée par l'article 137 TFUE, qui renvoie à un protocole particulier. Pour être significative, la reconnaissance de l'existence de l'Eurogroupe ne modifie pas les conditions informelles de la réunion des ministres qui le composent (3). Cet organisme ne devient pas pour autant une institution de l'Union européenne. C'est pourquoi il a été nécessaire de remédier à ce qui apparaît comme un expédient : les décisions concernant la zone euro continuent à être prises formellement par le conseil Ecofin, même si seuls les États dont l'euro est la monnaie prennent part au vote. Quoi qu'il en soit, la reconnaissance conventionnelle de l'Eurogroupe contribue au renforcement de l'identité et de la gouvernance économique de la zone euro en la dotant d'une capacité décisionnelle autonome.

L'autre apport de ce protocole est que le président de l'Eurogroupe est désormais élu en son sein par les ministres qui le composent pour une durée de deux ans et demi (4). Cette disposition a contribué à l'affirmation de l'identité de la zone euro.

La mise en place de structures particulières à la zone euro s'est prolongée avec le TSCG, dont le titre V a pour objet l'organisation de la gouvernance de cette zone. Il consacre ce qui avait été convenu par les chefs d'État et de gouvernement lors de leur réunion à Bruxelles les 8 et 9 décembre 2011 à propos de la place qui devait être faite aux chefs d'État et de gouvernement des États contractants dont la monnaie est l'euro. Ceux-ci se réunissent de manière informelle lors des sommets de la zone euro. Le président de la Commission européenne participe à ces réunions. Le président de la Banque centrale européenne y est invité. Ces sommets ont lieu lorsque cela est nécessaire et au moins deux fois par an. Ils ont pour objet de discuter des questions relatives aux responsabilités spécifiques des parties contractantes membres de la zone euro (5).

(2) Art. 140, § 2, du TFUE.
(3) Art. 1er du protocole sur l'Eurogroupe.
(4) Art. 2 du protocole.
(5) Art. 12 TSCG.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Unité et dualité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Une autre manifestation de l'autonomisation de la zone euro est la désignation de son président à la majorité simple par les chefs d'État ou de gouvernement des États dont la monnaie est l'euro. Cette désignation a lieu lors de l'élection du président du Conseil européen et pour un mandat d'une durée identique. Le président du sommet de la zone euro doit logiquement être le ressortissant d'un des États appartenant à cette zone. Rien n'interdit qu'une même personne puisse cumuler la présidence du Conseil européen et celle du sommet de la zone euro. C'est ce qui a été convenu pour la première mandature.

C. – Des règles particulières

Le développement d'un *corpus* de règles particulières aux États de la zone euro s'explique par l'intensité de l'interdépendance créée entre eux par le partage d'une monnaie unique. Cette interdépendance implique l'acceptation d'une discipline économique renforcée par rapport à celle à laquelle doivent se soumettre les autres membres de l'Union européenne et, en contrepartie, la possibilité de bénéficier d'une solidarité elle aussi plus forte que celle que peuvent espérer les États qui n'appartiennent pas à la zone euro.

La mise en place de disciplines particulières aux États de la zone euro est un des axes forts de l'action des instances de l'Union européenne. Les règles répondant à cette préoccupation sont, pour les unes, incluses dans des dispositifs qui s'appliquent aussi aux autres États sous une forme moins contraignante et, pour d'autres, tout à fait distinctes. C'est ce qui se constate dans le cas des six mesures législatives entrées en vigueur le 13 décembre 2011 désignées par l'expression « six packs » qui ont modifié significativement la surveillance économique et budgétaire à l'égard de tous les États de l'Union européenne et de manière plus accentuée en ce qui concerne ceux dont la monnaie est l'euro. Certains de ces textes concernent tous les États membres, d'autres les seuls États de la zone euro (6). Les règles spécifiques concernant la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro sont un des exemples majeurs de cette tendance qui s'est

(6) Règlement (UE) nº 1173/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, *J.O.U.E.*, L 306/1 du 23 novembre 2011 ; règlement (UE) nº 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres économiques, *J.O.U.E.*, L 306/25 du 23 novembre 2011 ; règlement (UE) nº 1177/2011 du Conseil du 8 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) nº 1467/97 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, *J.O.U.E.*, L 306/33 du 23 novembre 2011 ; directive 2011/85/UE du Conseil du 8 novembre 2011 sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres, *J.O.U.E.*, L 306/41 du 23 novembre 2011 ; proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil renforçant la surveillance des politiques budgétaires dans les États de la zone euro et prévoyant la correction des déficits excessifs de ces États, *COM*(2011) 821 final ; proposition de règlement renforçant la surveillance économique et budgétaire des États membres confrontés ou menacés par des difficultés sérieuses en rapport avec leur stabilité financière dans la zone euro, 2001/0385 (COD).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Unité et dualité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

accentuée en 2013 par l'adoption de deux nouveaux règlements (7). On est donc bien en présence d'un dédoublement partiel des réglementations économiques et financières européennes.

Cette tendance se vérifie également dans le domaine des mécanismes de solidarité financière. La création du Mécanisme européen de stabilité (MES) en est l'illustration la plus marquante.

Depuis le début de la crise, la question de la création d'un mécanisme de solidarité financière entre les États de la zone euro s'est posée avec acuité. Les mécanismes organisés précédemment n'étaient pas parfaitement satisfaisants. Le Fonds européen de stabilité financière (FESF) était certes propre aux États de la zone euro, mais sa durée n'était que de trois ans. Le Mécanisme européen de stabilité financière (MESF) ne concernait pas spécifiquement les États dont l'euro était la monnaie (8). Enfin, créé par un traité convenu par les seuls États appartenant à la zone euro, le Mécanisme européen de stabilité a remplacé le FESF dont la durée de vie venait à son terme.

Le MES est une institution intergouvernementale relevant du droit public international. Il « a pour but de mobiliser des ressources financières et de fournir, sous une stricte conditionnalité [...] un soutien à la stabilité de ses membres qui connaissent ou risquent de connaître de graves problèmes de financement si cela est indispensable pour préserver la stabilité financière de la zone euro dans son ensemble et de ses États membres » (9).

La compatibilité de ce « montage » juridique avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a été contestée. L'une des critiques formulées à son encontre portait sur un éventuel empiétement sur les compétences de l'Union européenne. La question était de savoir si une initiative autonome des États de la zone euro pouvait aboutir à la création d'un organisme comme le MES. C'est bien l'autonomie de la zone euro qui, pour certains, faisait problème. La Cour de justice de l'Union européenne a eu à se prononcer par un arrêt *Pringle* du 27 novembre 2012, à la suite de sa saisine par la Cour suprême irlandaise (10).

Les deux questions essentielles soumises à l'appréciation de la Cour de justice avaient trait au respect de la répartition des compétences dans l'Union européenne. Il était demandé à la Cour si la création du MES empiétait sur la compétence exclusive de l'Union européenne dans le domaine de la politique monétaire et si elle affectait sa compétence en matière de

(7) Règlement (UE) nº 472/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière, *J.O.U.E.*, L 140 du 27 mai 2013, p. 1 ; règlement (UE) nº 473/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 établissant des dispositions communes pour le suivi et l'évaluation des projets de plans budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les États membres de la zone euro, *J.O.U.E.*, L 140 du 27 mai 2013, p. 11.

(8) Le Fonds européen de stabilité financière (FESF).

(9) Art. 3 du traité.

(10) Aff. C-370/12, *Thomas Pringle c. Government of Ireland*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Unité et dualité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

coordination des politiques économiques. Au terme d'une démonstration dont l'ampleur empêche d'être reproduite ici, la Cour a répondu par la négative. En premier lieu, envisagé du point de vue de son objectif et de ses instruments d'action, le MES est étranger à la politique monétaire. Par ailleurs, le Traité de Lisbonne limite le rôle de l'Union à la coordination des politiques économiques sans lui conférer une compétence spécifique pour la création d'un mécanisme de stabilité. En conclusion, les États membres dont la monnaie est l'euro sont compétents pour conclure entre eux un accord, portant sur l'institution d'un mécanisme de stabilité, tel que le MES.

Mais la Cour de justice fait montre d'une évidente vigilance pour ne pas permettre qu'on puisse penser qu'elle est disposée à valider n'importe quelle manifestation d'autonomie dans l'Union européenne (11).

II. – Les limites de l'autonomisation de la zone euro

L'autonomisation de la zone euro se voit assigner des limites qui procèdent de ce qu'elle est un avatar de l'UEM qui, selon les traités, est, elle-même, l'aboutissement du processus d'intégration économique dans l'Union européenne.

Le processus d'autonomisation de la zone euro est par nature subsidiaire. Il résulte de la nécessité de réaliser les objectifs de l'UEM alors que seule une fraction des États membres de l'Union européenne a accepté de s'engager dans cette voie. Cette autonomie ne peut donc se justifier que dans la mesure où, sans elle, l'intégration économique ne pourrait progresser conformément aux prévisions des traités constitutifs de l'Union européenne. La réalisation de cet objectif constitue à la fois la raison d'être et la limite de l'autonomie de la zone euro. La mesure de cette autonomie doit se faire à l'aune de ce critère. Elle doit lui être proportionnée.

Il en résulte plusieurs conséquences qui viennent limiter l'autonomie de la zone euro. Tout d'abord, cette autonomie ne saurait conduire à ce que les États qui la composent puissent prétendre se libérer des obligations qui leur incombent en tant que membres de l'Union européenne (A). En outre, la zone euro s'intégrant dans l'Union européenne, il s'impose d'en préserver la cohérence en organisant des relations permettant de prendre en compte les intérêts des États membres de l'Union européenne qui ne font pas partie de la zone euro qui, de leur côté, doivent contribuer au bon fonctionnement de celle-ci (12) (B).

A. – L'autonomie de la zone euro et le respect du droit de l'Union européenne

La subordination de la zone euro au droit de l'Union européenne, dont on ne peut douter, est affirmée avec netteté par l'article 2 du TSCG. Cette

(11) Voy. *infra*.
(12) Art. 9 TSCG.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Unité et dualité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

prescription vaut pour l'ensemble des États parties à ce traité, qu'ils aient ou non l'euro comme monnaie, et s'étend naturellement à l'ensemble de ses dispositions, donc celles de son titre V concernant la gouvernance de la zone euro.

Tout en constatant en l'espèce que le traité créant le MES ne contrevenait pas au TFUE, la Cour de justice n'en a pas moins affirmé, dans l'arrêt *Pringle* (13), qu'un accord international conclu par un groupe d'États membres, en l'occurrence ceux constituant la zone euro, doit respecter les prescriptions des traités et du droit de l'Union européenne. Elle pose, en outre, une condition destinée à préserver la prévalence du droit de l'Union en précisant que les États appartenant au MES ne peuvent, dans l'accomplissement des activités de cet organisme, s'affranchir du respect qu'ils doivent au droit de l'Union, y compris aux mesures prises par celle-ci dans le cadre de la coordination des politiques économiques (14).

La juridiction de la Cour de justice découle logiquement de l'obligation faite aux États de la zone euro et aux structures dont ils peuvent se doter de se conformer au droit de l'Union européenne. Cette juridiction ne rencontre pas la moindre difficulté juridique lorsque, comme dans le cas du MES, la procédure conduisant à la reconnaissance de l'autonomie fait intervenir une décision fondatrice de l'Union. Tel était le cas de la création du MES (15). Mais est alors en cause l'acte conventionnel ou éventuellement unilatéral, permettant l'autonomie de la zone euro. Il pourrait en être d'ailleurs de même de tout autre groupe d'États membres de l'Union européenne. Reste l'hypothèse de ce qu'on peut désigner comme étant le droit dérivé de l'organisme autonome. La Cour de justice peut-elle être désignée compétente pour connaître de ses actes ? Cette question a été envisagée dans l'arrêt *Pringle*. Assurément, une réponse également affirmative s'avère plus difficile. La Cour n'y parvient qu'au terme d'un raisonnement circonstancié. Au départ, elle fait observer que sa compétence provient de l'article 273 du TFUE, auquel se réfère le considérant 16 du traité MES. Or, en vertu de cet article, la Cour est certes compétente pour statuer sur tout différend entre États membres en connexité avec l'objet des traités, mais à condition qu'il lui soit soumis par la voie d'un compromis. Partant de là, la Cour constate que, par son objet, le différend en cause entretient bien une relation de connexité avec les traités relatifs à l'Union européenne. En effet, un litige lié à l'interprétation ou à l'application du traité MES est susceptible de porter également sur l'interprétation ou l'application des dispositions du

(13) Préc.

(14) C'est ce qui est rappelé par l'art. 13, § 3, du traité créant le MES. Le protocole d'accord qui doit être conclu avec l'État qui bénéficie de l'aide du MES doit préciser de manière précise la conditionnalité dont est assortie cette assistance. Cette exigence est définie de façon compréhensive, puisqu'il est dit que « le protocole d'accord doit être pleinement compatible avec les mesures de coordination des politiques économiques prévues par le TFUE, notamment avec tout acte de droit de l'Union européenne, incluant tout avis, avertissement, recommandation ou décision s'adressant au membre concerné ».

(15) Voy. arrêt *Pringle*, préc., pt 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Unité et dualité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

droit de l'Union. La raison en est qu'en vertu de l'article 13, paragraphe 3, de ce traité, le protocole d'accord qui est négocié avec l'État membre demandeur d'un soutien à la stabilité doit être pleinement compatible avec le droit de l'Union et, notamment, avec les mesures prises par l'Union dans le domaine de la coordination des politiques économiques des États membres.

Interprétant ensuite les termes de l'article 273 TFUE, la Cour fait valoir que le compromis dont il est question n'a pas à être nécessairement postérieur à la survenue du litige. Or, par une heureuse précaution, le traité instituant le MES comporte un article consacré au règlement des contentieux pouvant résulter du fonctionnement de cette organisation internationale. En vertu de l'article 37, paragraphe 2, du traité MES, le Conseil des gouverneurs statue sur tout litige opposant le MES à l'un de ses membres, ou des membres du MES entre eux, lié à l'interprétation et à l'application de ce traité, y compris tout litige relatif à la compatibilité des décisions adoptées par le MES avec le présent traité. Si un membre du MES conteste cette décision, le litige est soumis à la Cour de justice de l'Union européenne. Une telle clause satisfait à la condition d'un compromis exigée par l'article 273 du TFUE.

Restait une dernière difficulté résultant de ce que l'article 273 du TFUE subordonne la compétence de la Cour à la présence exclusive d'États membres dans le différend dont elle est saisie. Elle estime que, dans la mesure où le MES est composé exclusivement d'États membres, un différend auquel le MES est partie peut être considéré comme un différend entre États membres au sens de l'article 273 du TFUE. Par ce raisonnement qui s'inspire du principe de transparence de l'institution, la Cour fait abstraction de la qualité d'institution internationale du MES et de sa personnalité juridique, pourtant expressément affirmées dans son traité constitutif (16).

B. – L'autonomie de la zone euro et l'exigence de cohérence de l'Union européenne

L'exigence de cohérence de l'Union européenne doit être prise en considération par tous les États membres de l'Union européenne, qu'ils appartiennent ou non à la zone euro. Pour ceux qui en font partie, elle leur interdit d'user de cette autonomie en préjudiciant aux intérêts de l'ensemble de l'Union européenne, les autres États étant tenus de contribuer au bon fonctionnement de la zone euro (17).

Pour parvenir en pratique à créer des conditions propices à cette cohérence, il est nécessaire de concevoir des mécanismes susceptibles de maintenir

(16) Art. 1er et 12.

(17) L'art. 9 du TSCG exprime cette logique en prévoyant que les parties contractantes « s'engagent à œuvrer conjointement à une politique économique qui favorise le bon fonctionnement de l'Union économique et monétaire et qui promeut la croissance économique grâce au renforcement de la convergence et de la compétitivité » et « [à] entreprendre à cette fin les actions et [à] adopter les mesures nécessaires dans tous les domaines essentiels au bon fonctionnement de la zone euro ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Unité et dualité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des relations de collaboration entre tous les États membres de l'Union européenne.

Si le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a renforcé l'autonomie décisionnelle de la zone euro, dans plusieurs hypothèses, les institutions de l'Union, comme les États qui ne sont pas membres de cette zone, ne sont pas entièrement écartées des procédures de prise des décisions la concernant. Certes, seuls les États dont la monnaie est l'euro prennent part aux votes portant sur les mesures qui les intéressent directement, mais les autres États ne sont pas exclus des délibérations (18). Ce compromis s'explique par l'impossibilité d'ignorer les intérêts des autres États et l'intégration des uns et des autres dans l'ensemble constitué par l'Union européenne. Cette dualité se constate à de nombreuses reprises dans les mécanismes de gouvernance de la zone euro. Il en est ainsi, notamment, du conseil général dans l'organisation de la Banque centrale européenne. Une autre façon de satisfaire ce besoin d'assurer une certaine participation des États qui n'appartiennent pas à la zone euro s'observe dans le TSCG qui prévoit que les chefs d'État ou de gouvernement des parties contractantes autres que celles dont la monnaie est l'euro qui ont ratifié ce traité prennent part à certaines des discussions des sommets de la zone euro (19).

Des situations d'imbrication se constatent aussi entre la gouvernance de la zone euro et les institutions de l'Union européenne. La Commission se voit souvent confier des tâches en rapport avec la préparation et la mise en œuvre des décisions propres à la zone euro. Selon les cas, elle intervient seule ou, assez fréquemment, en association avec un représentant de la zone euro. D'où des montages complexes. C'est ainsi que, si le président du sommet de la zone euro assure leur préparation et leur continuité, il doit agir « en étroite collaboration avec le président de la Commission européenne ». Cependant, ce ne sont pas les services de la Commission qui sont en charge de ces fonctions. Elles incombent à l'Eurogroupe (20). Même le traité créant le MES fait appel à la Commission en liaison parfois avec la BCE pour des fonctions pouvant revêtir une grande importance pour l'octroi d'un soutien financier (21).

Comme on l'a vu, la Cour de justice est l'organe juridictionnel des organismes créés dans le cadre de la zone euro.

Enfin, selon des modalités qui peuvent différer et une implication plus ou moins prononcée, l'ensemble des institutions de l'Union européenne peut être associé aux travaux de l'Eurogroupe (22).

Au terme de ce qui ne peut être qu'un survol trop rapide d'un aspect essentiel de la construction de l'Union européenne, on ne peut s'empêcher de

(18) Art. 136 TFUE.
(19) Art. 12, § 3, du TSCG.
(20) Art. 12, § 4, du TSCG.
(21) Art. 13 du traité MES.
(22) Art. 12, § 6, du TSCG.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Unité et dualité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

revenir à des interrogations majeures formulées dans le passé et auxquelles, trop souvent, aucune réponse réfléchie n'a été apportée. Pour se concentrer sur l'une d'entre elles, qui en englobe beaucoup d'autres, on est en droit de se demander si le processus d'autonomisation de la zone euro ne constitue pas, sans le dire, une résurgence du thème d'une Europe à plusieurs vitesses. Cette question porte en elle rien moins que celle du devenir d'une Union européenne qui s'est élargie en accordant une attention insuffisante à sa cohésion.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Unité et dualité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

COOPÉRATION RAPPROCHÉE, UN NOUVEAU MODE DE COOPÉRATION RENFORCÉE ?

Jean-Victor LOUIS

Professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles (ULB)

Les crises financière, budgétaire et économique ont engendré des modalités diverses de différenciation, mais il n'a pas été recouru, pour remédier à ces crises, éviter leur résurgence ou réparer les effets de crises futures, à la procédure globale de coopération renforcée, prévue par le Traité de Lisbonne à l'article 20 TUE et aux articles 326-334 TFUE. Si ces articles ont donné lieu depuis 2010 à trois cas d'application (1), ceux-ci ont porté sur des questions sans rapport au moins direct avec la situation née de la bulle des *subprimes* aux États-Unis d'Amérique, une crise bancaire, qui s'est transformée en crise budgétaire pour finir par engendrer une longue récession dont les effets ont été comparés à ceux de la grande dépression des années 1930. Et, pourtant, le Traité sur la stabilité, la convergence et la gouvernance, mieux connu sous le nom de « Pacte fiscal » (*Fiscal Compact*), marque la volonté des parties contractantes « de recourir *plus activement* (*sic*) à la coopération renforcée sans porter atteinte au marché intérieur » (préambule et art. 10 du traité). Au lieu de cela, l'on a vu se multiplier des actes de natures juridiques diverses et auxquels tous les États membres ne participaient pas nécessairement. La configuration institutionnelle qui découle des mesures prises depuis le début de la crise grecque au premier semestre de 2010 est d'une grande complexité. La formule utilisée par un document du *think-tank* Bruegel : « the messy rebuilding of Europe » (2) reflète bien l'imagination créatrice des autorités en charge de porter remède à la crise. Cette créativité se manifeste, en parallèle au recours à des instruments traditionnels du droit de l'Union (dans les « six-pack » (3) et « two-pack » (4)), dans la diversité de formes juridiques et de participation à ces actes, dans la préférence accordée aux proclamations informelles

(1) Voy. la décision du Conseil du 12 juillet 2010 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *JO*, L 189 du 22 juillet 2010, p. 12, la décision du Conseil du 10 mars 2011 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire, *JO*, L 76 du 22 mars 2011, p. 33, et la décision du Conseil du 25 janvier 2013 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la taxe sur les transactions financières, *JO*, L 22 du 25 janvier 2013, p. 11. J.-V. Louis, « La pratique de la coopération renforcée », *Cah. dr. eur.*, 2013, pp. 279-291.

(2) J. Pisani-Ferry, A. Sapir et G. B. Wolff, « The messy rebuilding of Europe », *Bruegel*, Issue 2012/01, March 2012.

(3) Voy. *JO*, L 306 du 23 novembre 2011.

(4) Voy. *JO*, L 140 du 27 mai 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

(*soft law*) (5) sur les engagements contraignants et aux accords intergouvernementaux sur les actes de l'Union, la variété de participation à des actes, dont certains sont réservés en principe aux membres de la zone euro, mais ouverts à l'adhésion d'États hors zone euro. Le tout sert de base à un processus de concertation, le semestre européen (6), une grande idée, mais une réalité complexe accumulant les étapes, selon un processus répétitif et peu transparent. Il faut aussi signaler l'accent mis, en 2012-2013, sur des « arrangements contractuels » (7) qui devraient ouvrir la voie à l'adoption de réformes structurelles par des États membres auxquels un financement pourrait être alloué, s'ils acceptent de s'engager dans cette voie. La question, à l'ordre du jour du Conseil européen d'octobre 2014, devait être tranchée avant la mise en place de la nouvelle Commission et la nomination d'un président du Conseil européen à la fin de 2014. Cette contractualisation est, en définitive, une forme de conditionnalité de concours financiers, déjà acquise dans le cadre de la réforme des fonds structurels (8). Il est remarquable que les protagonistes de cette méthode, tant du côté de la Commission que du Conseil européen, y voient la possibilité d'une appropriation (« ownership ») par les États du programme de réforme, une appropriation qui serait jugée plus difficile si, au lieu de « contrats », l'instrument choisi était un acte unilatéral de droit de l'Union. Il s'agit essentiellement de pallier l'absence de base juridique pour de tels actes.

La diversité de participation à des actes est illustrée par le Pacte Euro Plus et le Pacte fiscal.

Le Pacte Euro Plus (9), qui comporte un programme de réformes visant essentiellement à la compétitivité et à la convergence des économies, à la promotion de l'emploi, à la viabilité des finances publiques et à la stabilité financière, est sans doute le premier des actes destinés, en principe, aux États de la zone euro, mais ouverts aux États qui n'ont pas adopté l'euro. C'est ainsi que la Bulgarie, le Danemark, la Lituanie (qui adopta l'euro en janvier 2015), la Lettonie (dans la zone euro, depuis le 1er janvier 2014), la

(5) Voy., sur la *soft law*, le colloque international de jeunes chercheurs, dont les rapports sont publiés dans la *Revue de l'Union européenne*, avec les conclusions générales de Claude Blumann, *RDE*, 2014, pp. 225-232.

(6) Voy. le règlement (UE) no 1175/2011 du Parlement et du Conseil du 16 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) no 1466/97 du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, *JO*, L 306 du 21 novembre 2011, p. 12, art. 1er, 3), « Semestre européen pour la coordination des politiques économiques », pp. 15-16.

(7) Voy. « Vers une union économique et monétaire véritable et approfondie. Création d'un instrument de convergence et de compétitivité », communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, 20 mars 2013, *COM*(2013) 165 final.

(8) Voy. le règlement (UE) no 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, etc., *JO*, L 347 du 20 décembre 2013, p. 120.

(9) Pacte pour l'Euro Plus. Coordination renforcée des politiques économiques pour la compétitivité et la convergence, Conclusions du Conseil européen, 24 et 25 mars 2011, annexe I.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Pologne et la Roumanie y ont adhéré alors que la République tchèque, la Hongrie, la Suède et le Royaume-Uni restaient en dehors.

Toutefois, c'est le Pacte fiscal, un traité international en bonne et due forme, qui illustre le mieux l'idée de coopération à la carte. Ce traité, parallèle aux traités fondateurs, en raison de l'impossibilité, vu le chantage britannique, de réviser le TFUE, a été signé le 2 mars 2012 par tous les États membres, sauf la République tchèque (10) et le Royaume-Uni, et est entré en vigueur le 1er janvier 2013. Si les États ayant l'euro pour monnaie devaient ratifier le traité, sous peine de ne pas bénéficier, le cas échéant, du soutien financier du Mécanisme européen de stabilité, un traité auquel seuls les États de la zone euro sont partie, les États hors zone euro avaient le choix, soit d'appliquer le TSCG dans son intégralité, à la suite d'une déclaration en ce sens, comme l'ont fait le Danemark et la Roumanie, soit d'appliquer seulement des titres du traité, sur déclaration, comme en ont pris l'engagement la Bulgarie, pour les titres III (Pacte budgétaire) et V (Gouvernance) et pour le seul titre V, la Hongrie, la Lituanie, la Pologne et la Suède (11). L'article 12 (3) du TSCG ouvre les réunions des sommets de l'euro aux chefs d'État ou de gouvernement des États ayant ratifié le traité, qu'ils aient ou non l'euro pour monnaie, lorsque ces réunions concernent la compétitivité des parties contractantes, la modification de l'architecture globale de la zone euro et les règles qui s'y appliqueront à l'avenir, ainsi que, le cas échéant et au moins une fois par an, des questions spécifiques relatives à la mise en œuvre du traité. La longueur de cette disposition révèle sa nature de compromis, durement négocié, en particulier, semble-t-il, à l'insistance de la Pologne. On peut comprendre le souhait d'États qui n'ont pas écarté la perspective d'adopter un jour la monnaie unique d'être au fait « de l'intérieur » des évolutions concernant l'architecture globale de la zone euro. Mais la coopération rapprochée dans le cadre de la réalisation de l'union bancaire répond à d'autres impératifs qui relèvent de fortes considérations politiques et économiques.

Nous devrons d'abord nous pencher sur la raison d'être de cette forme de différenciation (I). Il nous faudra ensuite analyser le contenu du concept, sur la base des actes existants (la panoplie des actes d'application relevant de la BCE n'est pas encore complète) (II). Enfin, nous porterons un jugement sur le mécanisme (III) et nous comparerons le phénomène avec celui des coopérations renforcées (IV).

(10) Il n'est pas exclu que la République tchèque adhère au TSCG, voy. « New Czech PM vows to ratify EU fiscal compact », *Financial Times*, 21 février 2014. Le Royaume-Uni serait ainsi un peu plus isolé dans son repliement sur soi.

(11) http://www.consilium.europa.eu/policies/agreements/search-the-agreements-database?command=details&lang=en&aid=2012008&doclang=en, cité par Wikipedia, *v°* « Pacte budgétaire européen ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

I. – La raison d'être de la coopération rapprochée

L'union bancaire, l'un des éléments de la stratégie adoptée en juin 2012 (12), et confirmée en décembre de la même année (13), pour réaliser une « véritable union économique et monétaire », comporte, on le sait, outre une régulation unique (*a single rulebook*), trois piliers : un mécanisme de surveillance unique, un mécanisme de résolution unique et un système commun de garantie des dépôts. Seuls les deux premiers piliers retiendront ici notre attention ; le troisième, qui n'a pas été considéré comme prioritaire, n'a donné lieu qu'à une harmonisation des règles nationales, par une directive sur les systèmes de garantie des dépôts. Celle-ci a fait l'objet d'un accord entre le Parlement européen et le Conseil le 18 décembre 2014 (14). Rien de comparable au modèle du FDIC qui, aux États-Unis, concentre, dans un même organisme, la résolution des banques et la garantie des dépôts (15).

La coopération rapprochée a été le moyen d'ouvrir le Mécanisme de surveillance unique (MSU) aux États qui n'ont pas adopté l'euro et qui expriment la volonté de participer au MSU. Ce n'était pas seulement la sauvegarde du marché intérieur qui pouvait les animer, mais aussi la crainte d'une délocalisation des établissements de crédit au profit de la zone couverte par les règles du Mécanisme de surveillance unique, en raison de la qualité attendue de la centralisation de la surveillance prudentielle et de la volonté de participer au contrôle des établissements bancaires, agissant sous forme de succursales ou de prestation de services sur leur territoire. Le point 42 du préambule du règlement sur le MSU (16) indique, à ce sujet, que « dès lors que l'exercice de missions de surveillance par une institution de l'Union produit des avantages nets en termes de stabilité financière et d'intégration durable du marché, les États membres dont la monnaie n'est pas l'euro devraient avoir la possibilité de participer au MSU ». Pour leur part, les États de la zone euro avaient intérêt à l'ouverture aux États qui n'avaient pas (encore) adopté l'euro, compte tenu de l'importance des investissements dans le secteur bancaire consentis par les pays de la « vieille » Europe dans les « nouveaux » États de l'Europe centrale et orientale.

Toutefois, la base juridique qui s'est imposée pour l'établissement du Mécanisme de surveillance unique est l'article 127, paragraphe 6, du TFUE, malgré les déficiences de sa formulation, tant en ce qui concerne

(12) Voy. Conseil européen, *Conclusions*, 28 et 29 juin 2012, EUCO 76/12, p. 3.
(13) Voy. Conseil européen, *Conclusions*, 13 et 14 décembre 2012, EUCO 205/12, pp. 1-5.
(14) Voy. Council of the European Union, « Deposit guarantee schemes : Council confirms agreement with EP », 18 février 2014, 6562/14 (OR.en) PRESSE 72.
(15) Voy. St. Verhelst, « Assessing the single supervisory mechanism : passing the point of no return for Europe's banking union », *Egmont Papers*, Brussels, Royal Institute of International Affairs, nº 58, June 2013, 57 p.
(16) Voy. le règlement (UE) nº 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, *JO*, L 287 du 29 octobre 2011, p. 63 (ci-après, « règlement MSU »).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

la procédure que la portée même du mécanisme (17). Or, cette disposition permet à la seule BCE d'« accomplir des missions spécifiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit ». La désignation de la BCE comme *locus standi* du mécanisme rendait nécessaire de trouver des formules qui permettaient la participation d'États membres hors zone euro, désireux d'y prendre part, tout en respectant les règles constitutionnelles de l'Union européenne et de l'Eurosystème. D'une part, celles-ci réservaient aux seuls nationaux d'États membres de l'Eurosystème la participation au conseil des gouverneurs de la BCE, organe de décision du système (Statuts du SEBC et de la BCE, art. 12). D'autre part, en vertu de la doctrine *Meroni* (18), telle qu'elle a été précisée dans l'arrêt C-270/12 (19), un « véritable déplacement de responsabilité » en faveur d'un nouvel organe non prévu par le traité était interdit. D'où la création d'une structure complexe afin de permettre la participation des autorités compétentes d'États membres de l'Union n'ayant pas adopté l'euro. Cette structure, qui a été jugée nécessaire aussi pour assurer la séparation entre autorité monétaire et contrôle prudentiel en vue d'éviter les conflits d'intérêts, prévoit, certes, un conseil de surveillance, comportant outre un président et un vice-président, ainsi que quatre représentants de la BCE, des représentants des autorités de surveillance des États participants (20), mais laisse le dernier mot au conseil des gouverneurs de la BCE, le conseil de surveillance ne pouvant adopter que des projets de décision. D'où aussi les mécanismes prévus pour compenser le fait que les États participants, dont la monnaie n'est pas l'euro (21), ne sont pas membres du conseil des gouverneurs, des mécanismes qui peuvent aller jusqu'à la cessation de la coopération rapprochée, à l'initiative de la BCE ou de l'État participant. Il est par ailleurs compréhensible, mais cependant remarquable, que ce soit la BCE – et non pas une institution politique – qui décide de l'admission d'un État en coopération rapprochée et que, comme nous le verrons, elle puisse aussi de sa propre autorité suspendre ou résilier celle-ci.

II. – Le régime de coopération rapprochée

L'article 2, paragraphe 1er, du règlement sur le MSU définit l'État membre participant comme « un État membre dont la monnaie est l'euro ou un État membre dont la monnaie n'est pas l'euro mais qui a établi une coopération

(17) L'art. 127, § 6, prévoit le recours à une « procédure législative spéciale » comportant l'unanimité au Conseil et la consultation du Parlement européen pour conférer des « missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit et autres établissements financiers, à l'exception des entreprises d'assurance ». Voy. J.-V. Louis, « Vers l'union bancaire », *Cah. dr. eur.*, 2012/2, pp. 289-304, spéc. p. 294, note (11).

(18) Voy. C.J., arrêt du 13 juin 1958, *Meroni c. Haute Autorité*, aff. C-9/56, *Rec.*, p. 9.

(19) Voy. C.J., arrêt du 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-270/12.

(20) Voy. art. 26, § 1er, du règlement MSU.

(21) Voy. le préambule du règlement, pt 43. Il y est aussi précisé que « ces garanties ne peuvent [...] s'entendre comme constituant un précédent pour d'autres domaines ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

rapprochée au sens de l'article 7 » dudit règlement. Le régime de coopération rapprochée est, en effet, détaillé à l'article 7 du règlement sur le MSU et fait aussi l'objet de la partie IX d'un « règlement BCE/2014/17 établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la BCE, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales » (ci-après, le « règlement-cadre MSU ») (22). L'octroi de la qualité d'« État participant » aux États en coopération rapprochée n'était pas prévu par la proposition de la Commission qui réservait ce titre aux seuls États membres dont la monnaie était l'euro. La modification indique la volonté d'assimiler *mutatis mutandis* les États en coopération rapprochée aux États de la zone euro. Même si les États hors de la zone euro n'avaient pas nécessairement encore décidé au moment de la négociation des termes du règlement s'ils allaient participer ou non, ils souhaitaient voir consacrer autant que possible l'égalité de droits, spécialement, nous le verrons, en ce qui concerne la participation au conseil de surveillance.

La procédure de mise en œuvre de la coopération rapprochée est prévue à l'article 7, paragraphes 2 et 3, règlement MSU.

C'est par un acte unilatéral (23), une décision de la BCE (24) adoptée sur demande de l'État intéressé notifiée aux autres États membres, à la Commission, à la BCE et à l'Autorité bancaire européenne (ABE), que la coopération rapprochée est établie, au vu d'engagements que doit prendre cet État, relatifs au respect de « toute orientation et de toute demande formulées par la BCE », ainsi qu'à la fourniture de « toute information sur les établissements de crédit établis sur son territoire qui serait exigée par la BCE en vue d'une évaluation complète de ces établissements de crédit ». L'État concerné doit aussi avoir adopté la législation nationale nécessaire afin que son autorité nationale soit tenue d'adopter toute mesure concernant les établissements de crédit demandée par la BCE dans l'exercice des tâches dans les domaines visés par le règlement (art. 4, §§ 1er et 2, et art. 5 règlement MSU). La décision de la BCE est publiée au *Journal officiel* et elle est applicable quatorze jours après sa publication (art. 4, § 3). La proposition de règlement prévoyait à son article 6, paragraphe 3, que la décision établissant la coopération rapprochée devait définir « dans quelles conditions les représentants des autorités compétentes des États membres qui

(22) Voy., au sujet de la consultation sur le projet de règlement-cadre : http://www.ecb.europa.eu/ssm/consultations/shared/pdf/framework/draft-ssm-framework-regulation201402.fr.pdf et, pour le règlement-cadre lui-même publié sur le site Internet de la BCE, le 25 avril 2014, avant sa publication au *Journal officiel* : http://www.ecb.europa.eu/ecb/lgal/pdf/fr_reg_ecb_2014_17_f_sign.pdf.

(23) C'est, en revanche, par un « protocole d'accord » (Memorandum of Understanding) que seront réglées les modalités de coopération avec les « États non participants » de l'Union européenne. Sur l'objet de ces protocoles, voy. le préambule du règlement sur le MSU, pt 14, et l'art. 3, § 6, du règlement.

(24) Voy. aussi la décision de la BCE du 31 janvier 2014 sur la coopération rapprochée avec les autorités compétentes nationales des États membres dont la monnaie n'est pas l'euro (ECB/2014/5), disponible sur http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/en_dec_2014_05_fen.pdf?5105e4c768e886be0f5844b03a868418.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ont établi une coopération rapprochée [...] prennent part aux activités du comité (*sic*) de surveillance ». La suppression de ce passage reflète l'égalité de droits reconnue à tous les représentants des autorités compétentes des États membres au sein du conseil de surveillance. Comme nous l'avons indiqué, les États membres en coopération rapprochée sont des « États participants » comme les États ayant adopté l'euro.

III. – L'EXERCICE DE LA COOPÉRATION RAPPROCHÉE

Un principe fondamental, tel qu'il résulte du règlement sur le MSU et tel qu'il est exprimé dans le règlement-cadre MSU (art. 107, § 2), est que la BCE « ne dispose pas de pouvoirs directement applicables » à l'égard des entités de l'État concerné soumises à sa surveillance prudentielle. On peut penser que l'immédiateté des pouvoirs de la BCE à l'égard des opérateurs n'a pas été jugée possible sans participation à l'Eurosystème. Il est toutefois intéressant de constater à cet égard que l'article 127, paragraphe 6, TFUE, ainsi que l'article 25.2 du statut du SEBC et de la BCE, ayant un contenu identique, ne sont pas compris dans la liste des dispositions ne s'appliquant pas aux États avec dérogation (25) et ne sont pas non plus inclus dans le protocole britannique annexé aux traités parmi les dispositions ne s'appliquant pas au Royaume-Uni. L'obstacle institutionnel l'a emporté sur ce qu'il est difficile de considérer comme une omission involontaire des auteurs des dispositions « transitoires » relatives à la participation à l'union monétaire dans le Traité de Maastricht.

L'absence de pouvoirs directs à l'égard des institutions financières des États en coopération rapprochée (26) explique des particularités de ce régime. Ainsi, la BCE peut adresser des instructions à l'autorité compétente et fixer un délai, en principe d'au moins quarante-huit heures, sauf risque de préjudice irréparable, pour leur exécution (art. 7, § 4, règlement MSU). Le règlement-cadre MSU évoque aussi, à l'article 108, le droit pour la BCE de donner des instructions, de faire des demandes ou d'émettre des orientations à destination de l'autorité compétente (27). Il précise que les instructions pourront être générales ou spécifiques, que les demandes ou orientations peuvent viser l'application d'exigences plus strictes pour les coussins

(25) Voy. le protocole sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la BCE, art. 43, et le protocole n° 15 sur certaines dispositions relatives au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Voy. R. SMITS, *The European Central Bank. Institutional Aspects*, Kluwer, 1997, pp. 359-360.

(26) Voy. le règlement-cadre MSU, partie IX « Procédures régissant la coopération rapprochée », art. 107 et s. Ces dispositions détaillent, pour chaque type de procédures et d'instruments prévus par le règlement MSU, l'application du principe d'intervention indirecte de la BCE à l'égard des entités concernées. Les dispositions du règlement s'appliquent ainsi *mutatis mutandis*, selon l'expression utilisée par le règlement-cadre.

(27) On sait que l'« orientation », en anglais « guideline », est un instrument que la BCE utilise à destination des banques centrales membres de l'Eurosystème, *cf.* les statuts du SEBC et de la BCE, art. 14.3, et qui trouvera à s'appliquer aussi à l'intention des autorités nationales compétentes en matière de contrôle prudentiel.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de fonds propres ou l'application de mesures plus strictes visant à faire face aux risques systémiques ou macroprudentiels.

La BCE n'est pas dénuée de moyens si l'État ne respecte plus les conditions mises à l'exercice de la coopération rapprochée, par exemple, si l'État ne veille pas à ce que l'autorité compétente respecte toute orientation ou demande de la BCE (comme l'exige l'art. 7, § 2, litt. b, 1er tiret). Elle peut décider aux termes de l'article 7, paragraphe 5, que ladite coopération « sera suspendue et résiliée si aucune mesure correctrice décisive n'est adoptée ». La décision qui serait prise à cet égard sera publiée au *Journal officiel*. Elle précise « la date à partir de laquelle elle s'applique, en tenant dûment compte de l'efficacité de la surveillance et des intérêts légitimes des établissements de crédit » (art. 7, § 5, al. 3).

Là s'arrêtaient les dispositions prévues par la proposition de la Commission, en son article 6 (devenu l'art. 7 du règlement MSU), pour ce qui concernait l'organisation de la coopération rapprochée. Vont s'ajouter au cours de la négociation des dispositions relatives tant au droit de retrait de l'État en coopération rapprochée qu'au droit de suspension ou de résiliation de la BCE à son égard.

Ainsi, l'article 7, paragraphe 7, dispose que, si un État participant dont la monnaie n'est pas l'euro fait valoir son désaccord avec une objection du conseil des gouverneurs à l'encontre d'un projet de décision du conseil de surveillance et si ledit conseil maintient son objection (28), et que l'État notifie « qu'il ne sera pas lié par la décision potentielle ayant trait à un éventuel projet de décision modifiée du conseil de surveillance », la BCE « envisage alors l'éventuelle suspension ou résiliation de la coopération rapprochée, en tenant dûment compte de l'efficacité de la surveillance, et prend une décision à cet égard (article 7, paragraphe 7) ». La disposition énonce les considérations que la BCE doit prendre en compte dans cette décision et qui concernent la mise en péril par l'absence de décision de suspension ou de résiliation de l'intégrité du MSU ou les effets négatifs importants sur les compétences budgétaires des États membres, ou, à l'inverse, l'effet de la suspension ou de la résiliation sur les compétences budgétaires de l'État en cause. Elle doit aussi s'interroger sur le traitement plus favorable dont pourraient faire l'objet les établissements financiers de l'État concerné et sur l'efficacité des mesures prises par celui-ci. Ces dispositions relatives à la possibilité de suspension ou de résiliation de la coopération renforcée reflètent la tension entre le souci de faire respecter l'uniformité de la discipline inhérente au mécanisme de surveillance (29), de maintenir un

(28) L'art. 119 du projet de règlement-cadre prévoit les délais dans lesquels l'autorité compétente et le conseil des gouverneurs se prononcent. En l'absence d'objection, sauf le cas de procédures spéciales (*cf.* art. 5 du règlement MSU), le projet de décision du conseil de surveillance est censé être adopté par le conseil des gouverneurs, sauf objection émise dans un délai maximal de dix jours, sauf situations d'urgence.

(29) Voy., à ce sujet, le pt 42 du préambule du règlement sur le MSU : « Pour que la surveillance puisse être exercée de manière efficace, il est […] indispensable que les décisions prises par l'autorité compétente soient mises en œuvre pleinement et sans retard. »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

équilibre (*a level-playing field*) entre tous les participants et d'éviter, en particulier, des distorsions de concurrence entre systèmes financiers, tout en donnant voix au chapitre à des États non « représentés » au conseil des gouverneurs, organe de décision.

Le règlement intérieur de la BCE prévoit désormais (30), comme le suggérait le point 72 du préambule du règlement MSU, que le conseil des gouverneurs consultera les gouverneurs des États n'appartenant pas à l'Eurosystème en coopération rapprochée, avant d'adopter une objection au projet de décision du conseil de surveillance. Il consultera aussi les gouverneurs des États concernés dans une autre hypothèse, lorsque ceux-ci lui auront fait part de leur désaccord motivé avec un projet de décision du conseil de surveillance, un cas visé, nous le verrons, à l'article 7, paragraphe 8, du règlement MSU.

C'est, dans les cas ci-dessus, la BCE, elle-même – et non pas une institution politique – qui prend la mesure de suspension ou de résiliation de la coopération rapprochée d'un État participant dont la monnaie n'est pas l'euro. Le fait est remarquable. L'on notera, à ce sujet, qu'un spécialiste de l'union bancaire avait émis la suggestion que c'était au Conseil européen de prendre une telle décision qui, à son avis, n'était pas technique, mais politique (31). Nous sommes d'avis que la BCE est parfaitement outillée pour prendre une telle décision de façon objective.

Des « garanties » sont aussi prévues, cette fois, en faveur des États participants en coopération rapprochée (32).

Le règlement MSU permet aux États en coopération rapprochée de prendre l'initiative de la rupture. L'article 7, paragraphe 6, dispose qu'après une période de trois ans à partir de l'entrée en vigueur de la coopération rapprochée, l'État concerné peut en demander la résiliation. Certes, l'État doit motiver sa demande et l'un de ces motifs peut résider dans « les effets négatifs potentiels importants en ce qui concerne ses compétences budgétaires ». Il est dans ce cas prévu que la BCE « procède immédiatement à l'adoption d'une décision mettant fin à la coopération rapprochée et précise la date à partir de laquelle elle s'applique, le délai de mise en application étant fixé à trois mois maximum, en tenant dûment compte de l'efficacité de la surveillance et des intérêts légitimes des établissements de crédit ». La rédaction de cette disposition semblerait impliquer que la BCE n'a d'autre choix que de mettre fin à la coopération rapprochée, les considérations dont elle doit tenir compte ne pouvant porter que sur le délai de mise en application de sa décision, et cela dans des limites assez étroites. Toutefois, l'État concerné devant motiver sa demande de retrait et la garantie étant conçue

(30) Voy. la décision de la BCE du 22 janvier 2014 amendant la décision BCE/2004/2 du 19 février 2004 adoptant le règlement intérieur de la BCE (ECB/2014/1), art. 13l, § 3.

(31) N. Véron, « Europe's single mechanism and the long journey towards banking union », *Bruegel Policy Contribution*, 2012/16, October 2012, p. 5.

(32) Voy. pt III, *infra*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

comme « exceptionnelle », la BCE devrait, en principe, pouvoir exercer un contrôle de cette motivation. Nous revenons sur ce point ci-dessous.

Pour sa part, le paragraphe 8 de l'article 7 du règlement MSU laisse aussi à l'autorité compétente de l'État participant dont la monnaie n'est pas l'euro l'initiative de la rupture. Cette disposition vise l'hypothèse où cet État participant en coopération rapprochée n'est pas d'accord avec un projet de décision du conseil de surveillance. Le règlement-cadre MSU précise, à l'article 118, paragraphe 1er, qu'il s'agit du projet complet de décision « concernant une entité soumise à la surveillance prudentielle établie dans un État membre participant en coopération rapprochée ou un groupe soumis à la surveillance prudentielle » établi dans cet État membre. Cet État informe le conseil des gouverneurs de son désaccord motivé dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la réception du projet de décision. Le conseil des gouverneurs se prononce, lui aussi, dans un délai de cinq jours ouvrables, « en tenant pleinement compte des motifs du désaccord et informe l'autorité compétente de sa décision ». Cette autorité peut demander à la BCE de mettre un terme avec effet immédiat à la coopération rapprochée et l'État ne sera pas lié non plus, comme le précise, à toutes fins utiles, l'article 118, paragraphe 4, du règlement-cadre MSU, « par aucune décision ultérieure du conseil des gouverneurs ». On comprend la différence avec la situation visée à l'article 7, paragraphe 7, mentionnée ci-dessus : ici, l'autorité compétente de l'État concerné a pu défendre sa position au sein du conseil de surveillance, où elle est représentée comme membre à part entière et, malgré cela, elle s'oppose à la décision adoptée. On notera, à cet égard, que le règlement intérieur du conseil de surveillance assure, aux termes de l'article 26, paragraphe 12, du règlement sur le MSU, l'égalité de traitement de tous les États participants. La coopération rapprochée est mise à mal dans son principe par une telle attitude et sa poursuite peut paraître impensable. C'est pourquoi nous pensons que, si l'autorité compétente entendait ni se soumettre à la décision de la BCE, au titre du paragraphe 8 de l'article 7, ni se « démettre », la BCE pourrait faire usage de son droit de suspendre ou de résilier la coopération rapprochée, en vertu de l'article 7, paragraphe 5, analysé plu haut, l'autorité compétente ayant manqué aux obligations qui découlent de l'article 7, paragraphe 4.

Il y a lieu, en outre, de mentionner que tout État membre participant, y inclus un État membre en coopération rapprochée, peut avoir accès à un comité de médiation, prévu par l'article 25, paragraphe 5, du règlement sur le MSU en vue d'assurer une séparation entre les missions de politique monétaire et les missions de surveillance. Ce comité règle les divergences de vues entre les autorités compétentes des États membres quant à une objection du conseil des gouverneurs à l'égard d'un projet de décision du conseil de surveillance. Ce comité inclut un membre par État membre participant, choisi par chaque État membre, parmi les personnes composant le conseil des gouverneurs et le conseil de surveillance. Il statue à la majorité simple, chaque membre disposant d'une voix. Il va de soi que, si l'avis du comité de

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

médiation est susceptible d'avoir un grand poids, c'est cependant le conseil des gouverneurs qui a le dernier mot. L'autorité compétente dispose aussi du droit de recours devant la Cour de justice.

Le préambule du règlement sur le MSU dispose, en son point 43, que les garanties offertes aux États en coopération rapprochée, notamment la possibilité donnée par l'article 7, paragraphe 8, « devraient être utilisées dans des cas exceptionnels et dûment justifiés ». Le préambule ajoute, mais, cette fois, il vise implicitement le cas de la suspension en vertu de l'article 7, paragraphes 5 et 7 – et non celui de la résiliation – de la coopération rapprochée : « Elles [ces garanties] ne devraient être utilisées qu'aussi longtemps que ces circonstances particulières existent. » En revanche, s'il y a résiliation, en vertu de l'article 7, paragraphes 5, 7 et 8, une nouvelle coopération renforcée ne pourra être conclue, selon le paragraphe 9, « avant l'expiration d'une période de trois ans, à compter de la date de publication au *Journal officiel de l'Union européenne* de la décision de la BCE résiliant la coopération renforcée ».

L'obligation de motiver l'intention de suspendre la coopération rapprochée ou d'y mettre un terme et de n'avoir recours à cette possibilité que dans des cas exceptionnels implique-t-elle que la BCE pourrait s'opposer avec succès, sous peine de recours juridictionnels, à la volonté de retrait de l'État en coopération rapprochée ? On peut se poser la question. L'article 7 entend à la fois permettre à la BCE de protéger l'intégrité du MSU et, dès lors, de sanctionner les manquements et offrir des « garanties » aux États en coopération rapprochée. Deux éléments évidemment susceptibles d'être en tension. La meilleure garantie de la stabilité du système est l'intérêt bien compris des États en coopération rapprochée d'en respecter les règles.

La suspension ou la résiliation de la coopération rapprochée ont des répercussions qui concernent le mécanisme de résolution unifié. Celui-ci s'applique, en effet, aux États membres participants au sens de l'article 2 du règlement sur le Mécanisme de résolution unifié (MRU) (33). L'article 4, paragraphe 2, du règlement instituant ledit mécanisme, dans l'approche générale adoptée par le Conseil le 18 décembre 2013, dispose que les établissements de crédit établis dans un État membre qui a suspendu ou résilié sa coopération rapprochée cessent d'être couverts par le règlement sur le Mécanisme de résolution unifié. Toutefois, les procédures en cours à la date de la suspension ou de la résiliation restent couvertes par ledit règlement en vertu de l'article 4, paragraphe 4.

(33) Voy. la proposition de règlement dans le texte de l'« approche générale » arrêtée par le Conseil Ecofin le 18 décembre 2013, *Interinstitutional File*, 2013/0253 (COD), 19 décembre 2013, 18070/13. Le texte du règlement paru au *Journal officiel* n° L 225 du 30 juillet 2014 ne diffère pas sur ce point de la version du 18 décembre 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

IV. – Évaluation du mécanisme de coopération rapprochée

Le point 43 du préambule du règlement MSU fait le lien entre les garanties accordées aux États en coopération rapprochée et la non-participation au conseil des gouverneurs et souligne aussi le fait que ces États « ne peuvent bénéficier pleinement d'autres mécanismes prévus pour les États membres dont la monnaie est l'euro ». Ce passage vise vraisemblablement le recours au Mécanisme européen de stabilité, dont l'accès est réservé aux seuls États membres de la zone euro. La « situation particulière » des États membres en coopération rapprochée est encore soulignée par le fait que, selon le préambule, « ces garanties ne peuvent donc s'entendre comme constituant un précédent pour d'autres domaines d'action de l'Union ».

Dans sa communication du 28 novembre 2012 intitulée « Projet détaillé pour une union économique véritable et approfondie » (34), la Commission souligne la nécessité d'une révision de l'article 127, paragraphe 6, TFUE, base juridique des missions conférées à la BCE en matière de surveillance prudentielle. Il est remarquable que les suggestions de la Commission à cet égard aient été insérées dans le point 85 du préambule du règlement sur le MSU. Il y a lieu pour la Commission de rendre la procédure législative ordinaire applicable (35) et de supprimer « certaines contraintes juridiques » que le recours à cette disposition impose actuellement à la conception du MSU (36). La Commission cite, en particulier, la nécessité d'intégrer une option de participation directe et irrévocable au MSU des États membres dont la monnaie n'est pas l'euro, au-delà du modèle de « coopération rapprochée », celle d'accorder à ces États membres qui participent au MSU des droits parfaitement égaux dans le processus de décision de la BCE et aussi d'aller encore plus loin dans la séparation interne des processus de décision en ce qui concerne la politique monétaire et la surveillance prudentielle. La Commission ajoute qu'il conviendrait de renforcer la responsabilité démocratique de la BCE en sa qualité d'autorité de surveillance du secteur bancaire (37). L'on notera aussi que, lors d'une réunion informelle à Dublin, le 12 avril 2013, les ministres des Finances et les gouverneurs des banques centrales s'étaient déjà mis d'accord sur une « déclaration politique » accompagnant les textes sur le contrôle prudentiel et la régulation bancaire

(34) « Projet détaillé pour une union économique et monétaire véritable et approfondie. Lancer un débat européen », communication de la Commission, 28 novembre 2012, *COM* (2012) 777 final, p. 42. Ces idées sont reprises au pt 85 du préambule du règlement sur le MSU.

(35) Comme suite au Traité de Lisbonne, le Parlement européen n'a actuellement qu'un rôle consultatif en la matière.

(36) L'on pourrait aussi mentionner l'exclusion des entreprises d'assurance du champ d'application de cette disposition.

(37) Sur ce dernier point, l'on notera l'existence de l'accord interinstitutionnel du 6 novembre 2013 entre le Parlement européen et la Banque centrale européenne sur les modalités pratiques de l'exercice de la responsabilité démocratique et du suivi de l'accomplissement par la BCE des missions qui lui sont confiées dans le cadre du mécanisme de supervision unique, *JO*, L 320 du 30 novembre 2013, p. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

(règlement MSU et modification du règlement sur l'Autorité bancaire européenne). Ils se sont déclarés prêts à travailler de façon constructive à une modification du traité et ils se sont prononcés pour un ajustement approprié, si nécessaire, de l'article 127, paragraphe 6, TFUE ou d'autres dispositions du traité (38).

Faire de la coopération un lien irrévocable et donner des droits égaux dans le processus décisionnel sont deux éléments indissociables, mais l'on ne peut se dissimuler que leur mise en œuvre pose un problème réel. La structure même de la BCE ou le rôle de celle-ci dans la surveillance prudentielle pourraient être mis en question. Le conseil de surveillance devrait être transformé en un organe de décision ou devrait devenir un organe autonome par rapport à la BCE, ce qui satisferait ceux qui souhaitent l'établissement d'une muraille de Chine entre politique monétaire et surveillance prudentielle, voire deux institutions différentes (39), mais cela ne serait pas vu d'un bon œil par ceux qui plaident pour que les deux fonctions ne soient pas totalement séparées, en raison du *feed-back* réciproque entre ces deux missions. N'assiste-t-on pas actuellement à une reprise par les banques centrales des fonctions de surveillance financière ?

Il n'en reste pas moins, comme le remarque un auteur, que la réglementation actuelle qui permet à un État membre en coopération rapprochée de se retirer de celle-ci parce qu'une décision proposée par le conseil de surveillance ne lui plaît pas, n'est pas compatible avec la volonté intégratrice qui est à la base de la création d'une autorité unique de surveillance et est susceptible de nuire à la crédibilité de l'institution, même si l'on peut penser qu'un État en coopération rapprochée pensera à deux fois avant de résilier cette coopération (40).

Ce sont des raisons très spécifiques qui ont conduit à l'innovation institutionnelle prévue par le règlement sur le MSU à l'origine de la complexité du mécanisme mis sur pied.

Ces raisons tiennent à ce que, ainsi que l'énonce la Commission, « même si les traités prévoient qu'un certain nombre de règles ne s'appliquent qu'aux États membres de la zone euro, la configuration actuelle de celle-ci n'est que provisoire, puisque tous les États membres à l'exception de deux (Danemark et Royaume-Uni) ont vocation à devenir membres à part entière de

(38) Voy. Council of the European Union, « Bank supervision : Council confirms agreement with EP », 18 avril 2013, 800/13 (OR.en) PRESSE, 136. Notre traduction.

(39) Voy. S. Lautenschläger, alors vice-présidente de la *Deutsche Bundesbank*, « From supervisory to resolution : a German perspective », Dublin, 25 juin 2013 : « Over the medium to long term, I believe it is necessary to put the SSM on a sound legal footing ; there is no getting around changes to primary law to improve the governance structure and to draw a clear line between monetary and supervisory functions. » Le président Weidmann a fait part du même scepticisme dans diverses déclarations, mais il a accepté le lancement du MSU en 2014, en tant qu'arrangement transitoire, voy. « Bundesbank sceptical on EU banking union », 17 décembre 2012, disponible au site http://euobserver/com/economic/118539.

(40) Voy. G. S. Zavvos, « Towards a European banking union. Legal and policy implications », discours prononcé à New York, le 18 avril 2013, p. 8 (dactyl.).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'UEM en vertu des traités » (41). En outre, les liens entre le marché commun des services bancaires et l'union bancaire sont indéniables. Le Conseil européen soulignait à cet égard, dans ses conclusions du 18 octobre 2012, « la nécessité d'avancer sur la voie d'un cadre financier intégré, ouvert dans la mesure du possible à tous les États membres qui souhaitent y participer ». Le préambule du règlement sur le MSU souligne, en son point 3, qu'« il est essentiel de préserver et d'approfondir le marché commun des services bancaires pour favoriser la croissance économique dans l'Union et un financement suffisant dans l'économie réelle ».

L'adoption de l'euro par les États qui sont encore sous le régime de dérogation est certes le vrai remède pour marginaliser la coopération rapprochée. Mais encore peut-on se demander si, chez tous les États dont la monnaie n'est pas l'euro, une volonté réelle existe de l'adopter dans un avenir prévisible. La tendance est aujourd'hui de faire collaborer dans une mesure large les États hors zone euro à l'union bancaire et à ses institutions, compte tenu de l'importance de la bonne santé des services bancaires pour la relance de l'économie. Ne voit-on pas *tous* les États participants admis à assister au sein de l'Eurogroupe, à la présentation du rapport annuel du conseil de surveillance et aux séances de l'Eurogroupe où le président du conseil de surveillance est entendu (42) ? En outre, d'aucuns songent à réformer le traité sur le MES afin de créer une filiale qui pourrait fournir une assistance financière à un État dont la monnaie n'est pas l'euro et qui aurait des difficultés à recapitaliser l'un de ses établissements financiers.

Il y a un paradoxe à la situation créée par l'établissement du MSU. D'une part, il est essentiel, comme le relève le point 3 du préambule du règlement sur le MSU, de préserver et d'approfondir pour l'ensemble de l'Union le marché intérieur des services bancaires. Les auteurs du règlement remarquent à ce sujet et c'est peu dire que « certains éléments donnent à penser que l'intégration des marchés bancaires marque le pas ». C'est plutôt, semble-t-il, de désintégration ou de fragmentation qu'il conviendrait de parler. D'autre part, la base juridique qui permettait de mettre sur pied le MSU, sans révision du traité, visait à confier à la BCE des responsabilités relatives à la surveillance (43), et seule la participation à l'union monétaire permettait le partage de souveraineté qu'impliquait la centralisation de la surveillance. La BCE a besoin, elle aussi, de l'intégration des marchés, pour la bonne transmission de sa politique monétaire. Ce n'est pas un hasard si les liens entre la réalisation de l'union bancaire (incluant, en particulier, un mécanisme unique de surveillance et un mécanisme unique de résolution) et l'accomplissement de l'Union économique et monétaire sont devenus un leitmotiv dans les débats actuels.

(41) Voy. la communication de la Commission du 28 novembre 2012, citée.
(42) Voy. art. 20, §§ 2 et 3, du règlement MSU.
(43) Sur les raisons qui plaident en faveur de l'attribution de la surveillance prudentielle à une banque centrale et, dès lors, à la BCE, voy. V. Costâncio, vice-président de la BCE, « Towards a banking union », discours, Helsinki, 12 février 2013, p. 6, http://ecb.europa.eu/press/key/date/2013/html/sp130212.en.html.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

La coopération rapprochée a des traits différents de ceux de la coopération renforcée, telle que prévue par les traités.

Comme la coopération renforcée « générale » prévue par les traités, la coopération rapprochée a pour but de favoriser la réalisation des objectifs de l'Union, de préserver ses intérêts et de renforcer son processus d'intégration, pour reprendre les termes utilisés à l'article 20 du TUE, mais la coopération rapprochée comporte des caractéristiques qui donnent une fragilité réelle à la participation des États qui n'ont pas l'euro pour monnaie. On peut se poser la question de savoir si l'État membre qui participe à une coopération renforcée peut s'en détacher à sa guise. Si des possibilités de choix des actions auxquelles ils participent ont été laissées, par exemple, à l'Irlande et au Royaume-Uni par le protocole sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne, c'est précisément en vertu d'une disposition du droit primaire. Les règles relatives à la coopération renforcée ne prévoient pas la sortie de celle-ci et, *a fortiori*, les règles à observer pour s'en retirer. Ceci a été critiqué par ceux qui considèrent que les États parties à une coopération renforcée devraient pouvoir en sortir. Cette possibilité les encouragerait, expose-t-on, à y participer (44).

En outre, dans le cadre d'une coopération renforcée, il est recouru aux institutions de l'Union, conformément à l'article 20, paragraphe 1er, TUE. Dans le cas de la surveillance prudentielle, les États participants dont la monnaie n'est pas l'euro ne siègent pas au sein de l'institution qui a le pouvoir du dernier mot. Comme le remarquait Mme Lautenschläger, dans son discours précité, « the Governing Council would have ultimate responsibility no matter what ».

Il s'agit vraiment d'un phénomène spécifique dont l'avenir montrera s'il répond aux attentes mises en lui.

(44) Voy., sur ce débat, C. Lacchi, « Développements récents sur les coopérations renforcées : le difficile équilibre à assurer entre flexibilité et préservation des objectifs de l'Union », *R.A.E.*, 2013/4, pp. 785-801, spéc. pp. 797-798.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Coopération rapprochée, un nouveau mode de coopération renforcée ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

MARCHÉ INTÉRIEUR ET POLITIQUES DE L'UNION : BRÈVES RÉFLEXIONS SUR UNE QUÊTE D'UNITÉ

Valérie MICHEL

Professeur à la Faculté de droit et de science politique, Aix-Marseille Université
Chaire Jean Monnet

L'unité est sans aucun doute un des éléments clés de l'Union européenne mis en exergue par le dédicataire de ces *Mélanges*. Et, à n'en pas douter, il y a là un objet d'analyse fécond rejoignant un des défis majeurs de la construction européenne et des observateurs de son évolution. Pour ceux-ci, à l'instar de Claude Blumann, il faut avoir égard au fait que la construction institutionnelle de l'Union ne peut être isolée de sa construction matérielle. Dans cette dernière, il est tout autant indispensable d'avoir une vue d'ensemble, c'est-à-dire porter le regard sur cette construction originaire qu'est le marché intérieur sans occulter les réalisations entreprises dans les différentes politiques de l'Union. Embrasser cet ensemble dense et en perpétuel mouvement n'est guère aisé. En réduisant le spectre, l'on peut néanmoins se risquer à sonder cette quête d'unité dans la construction matérielle de l'Union.

La construction économique de l'Union est, en effet, un terrain dans lequel les tensions pesant sur l'unité prospèrent considérablement. Est-il besoin de mentionner l'Union économique et monétaire dont la complexité augmente au gré du développement des situations particulières ? Bien que l'exemple soit topique, il n'est pas isolé. Le jeu de la différenciation entre États membres comporte des risques d'effritement de certaines actions européennes. Ainsi, par exemple, la volonté britannique de faire jouer le protocole n° 21 annexé au Traité de Lisbonne sous-tendait une interprétation de l'article 48 TFUE et de la coordination des régimes de sécurité sociale remettant quelque peu en cause l'édifice construit de longue date. Le cadre est certes particulier, puisqu'il concerne le remplacement d'une annexe de l'accord CEE/Suisse (1) ou de l'accord EEE (2) en raison du remplacement du règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (3) et de son règlement d'application (4) par le règlement n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (5) et son règlement d'application (6). Le Royaume-Uni estimait qu'en raison de

(1) C.J.U.E., 26 septembre 2013, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-431/11, *nep.*
(2) C.J.U.E., 27 février 2014, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-656/11, *nep.*
(3) *J.O.C.E.*, L 149 du 5 juillet 1971, p. 2.
(4) Règlement n° 574/72, *J.O.C.E.*, L 74 du 27 mars 1972.
(5) *J.O.U.E.*, L 284 du 24 septembre 2004.
(6) Règlement n° 987/2009, *J.O.U.E.*, L 284 du 30 octobre 2009.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'existence de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, les conséquences de ces modifications du droit interne de l'Union devaient être fondées, pour les besoins de l'adaptation d'accords bilatéraux, sur l'article 79 TFUE, et non sur l'article 48 TFUE. Cette position met bien en exergue les possibles remises en cause de l'unité conceptuelle sous-tendant une action, ici l'extension des droits sociaux aux travailleurs ressortissants des États membres partenaires de l'Union. En dehors de cet exemple, lié à une stratégie de participation/non-participation aux actions européennes, l'unité conceptuelle divise également les institutions européennes. Il suffit de suivre la saga du contentieux afférent aux exonérations du droit d'accise sur les huiles minérales utilisées pour la production d'alumine pour avoir une autre petite idée des difficultés émaillant une mésentente sur la définition d'un comportement. Sans entrer dans les méandres de ce contentieux, il suffit de rappeler qu'il porte sur la possible applicabilité du droit des aides d'État à des exonérations de taxes autorisées par la Commission. Derrière cette question, c'est la position du Tribunal pour lequel les distorsions de concurrence appréhendées respectivement par les législations fiscales et le contrôle des aides sont de même nature qui divise (7).

Ces quelques exemples révèlent bien l'importance et les difficultés liées à la quête d'unité conceptuelle. Cette quête n'est pas aisée, et la construction économique européenne le révèle à souhait. Il ne s'agit pas ici de traiter de l'unicité de ce marché unique encore en construction (8), mais d'appréhender le traitement et l'articulation, par le juge de l'Union, des différentes branches informant l'édifice économique de l'Union. Ces diverses branches sont connues. Tout d'abord, elles tiennent au recours à deux méthodes pour réaliser l'union économique, à savoir l'intégration négative et l'intégration positive. Il en résulte, et cela est connu, la dissociation des libertés de circulation – intégration négative – des politiques et actions de l'Union – intégration positive. Face à cette architecture, l'on peut se demander s'il convient d'appréhender isolément l'un et l'autre de ces versants de la construction économique européenne. Pour dire les choses autrement, et notamment au

(7) Voy. TPI, 12 décembre 2007, *Irlande e.a. c. Commission*, aff. jtes T-50/06, 56/06, 62/06 et 69/06, *Rec.*, p. II-172 ; C.J.U.E., 2 décembre 2009, *Commission c. Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245 ; Trib. UE, 21 mars 2012, *Irlande e.a. c. Commission*, aff. T-50/06 (RENV), 56/06(RENV), 62/06(RENV) et 69/06 (RENV), *nep* ; C.J.U.E., 10 décembre 2013, *Commission c. Irlande e.a.*, aff. C-272/12 P, *nep.* Ces dissensions émaillent aussi le régime juridique du taux d'accise réduit sur le rhum traditionnel produit dans les départements d'outre-mer français.

(8) Voy., à cet égard, la nécessité de développer « Une nouvelle stratégie pour le marché unique » selon le titre du rapport remis au président de la Commission européenne le 9 mai 2010 auquel ont fait suite des prises de position importantes de la Commission (« Vers un Acte pour le marché unique. Pour une économie sociale de marché hautement compétitive. 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble », communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 27 octobre 2010, *COM*[2010] 608 final ; « L'Acte pour le marché unique II. Ensemble pour une nouvelle croissance », communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 3 octobre 2012, *COM*[2012] 573 final).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

regard de certaines critiques (9), l'on peut questionner la possibilité de tirer parti des avancées réalisées dans l'intégration positive – et, donc, dans l'édification des politiques et actions de l'Union – pour interpréter les principes du marché intérieur. En d'autres termes, peut-il y avoir interaction entre les deux ? Nous le pensons et le défendons. L'approche par « branche » du droit économique de l'Union conduit aussi, et inéluctablement, à considérer les quatre libertés de circulation donnant corps au marché intérieur. Sur ce point, il est communément constaté un mouvement d'effacement au bénéfice de l'avènement de la notion d'entrave (10) ou d'une approche générale des justifications de l'entrave (11). Là aussi, ce mouvement questionne et n'est pas sans faire l'objet de critiques. Ainsi, cette homogénéisation constatée (I) doit être questionnée (II).

I. – Une homogénéisation constatée

Le mouvement d'homogénéisation que l'on peut constater en jurisprudence se manifeste tout autant en ce qui concerne les règles du marché intérieur (A) qu'entre celui-ci et les politiques et actions de l'Union (B).

A. – Une homogénéisation au sein du marché intérieur

À l'évidence, l'interprétation par la Cour des règles informant les libertés de circulation est adossée à des raisonnements communs. Ainsi, si la libre circulation des marchandises – et tout particulièrement l'interdiction des mesures d'effet équivalent – a rapidement pris corps – de sorte que l'on y voit volontiers la liberté matricielle –, toutes les libertés de circulation ont aujourd'hui atteint un point de maturité : toutes sont fondées sur un article doté de l'effet direct (12) et constituent une « liberté fondamentale » (13)

(9) Voy. *infra*, les critiques de l'affaire *P.I.* ; C.J.U.E., 22 mai 2012, *P.I.*, aff. C-348/09, *nep.*

(10) Voy. not. L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; A. Maitrot de la Motte et E. Dubout (dir.), *L'unité des libertés de circulation – In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

(11) B. Bertrand, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, 2012, étude n° 1.

(12) C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. C-26/62, *Rec.*, p. 3, pour l'interdiction des taxes d'effet équivalent. Comme cela a été relevé, l'année 1974 « est une étape décisive » (M. Fallon, « 1992-2012 : état des lieux et enjeux du droit du marché intérieur », in V. Michel (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur – Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 19), puisque l'effet direct est reconnu aux articles fondant la libre prestation de services (C.J.C.E., 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. C-33/74, *Rec.*, p. 1299), la libre circulation des travailleurs (C.J.C.E., 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. C-41/74, *Rec.*, p. 1337) et la liberté d'établissement (C.J.C.E., 21 juin 1974, *Reyners*, aff. C-2/74, *Rec.*, p. 631). Pour la libre circulation des capitaux, la reconnaissance de l'effet direct est plus tardive (C.J.C.E., 23 février 1995, *Bordessa e.a.*, aff. jtes C-358/93 et C-416/93, *Rec.*, p. I-361).

(13) C.J.C.E., 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, aff. C-120/78, *Rec.*, p. 649, pour la libre circulation des marchandises ; C.J.C.E., 6 octobre 1981, *Broekmeulen*, aff. C-246/80, *Rec.*, p. 2311, pour la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Cette caractéristique a été reconnue plus tardivement à la libre circulation des capitaux, C.J.C.E., 14 mars 2000, *Église de Scientologie*, aff. C-54/99, *Rec.*, p. I-1335.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

dans le système de l'Union. En outre, les formules propres à chacune d'elles se rejoignent dans la lutte contre toute entrave. Là est le mot-clé commun mis en avant dans l'analyse de la jurisprudence. Un mot-clé dans lequel se fondent les définitions des critères organique et matériel de la restriction aux mouvements transfrontaliers.

Concernant le critère organique, l'évolution est connue : alors que l'on considérait que les règles du marché intérieur sont adressées aux États membres et régissent les mesures étatiques alors que le droit de la concurrence comporte des prescriptions adressées aux entreprises (14), cette *summa divisio* mérite aujourd'hui d'être affinée. Le droit des ententes et abus de position dominante peut être appliqué aux réglementations nationales sous certaines conditions (15), et les interdits en droit du marché intérieur couvrent désormais des comportements privés. Cette évolution de la définition organique de l'entrave a été particulièrement mise en avant au bénéfice du jugement de la « guerre des fraises » (16). Il faut néanmoins relever que l'appréhension de comportements privés pour les besoins de l'intégration négative est antérieure et non circonscrite à l'interdiction des mesures d'effet équivalent. Dès 1974, la lutte contre les obstacles à la libre circulation du travailleur salarié ou à la libre prestation de services englobe ceux provenant d'actes non-étatiques régissant de façon collective les conditions de travail (17). En droit des mesures d'effet équivalent, l'affaire *Buy Irish (*18*)* indiquait déjà que l'action expresse de l'État n'est pas la seule forme d'entrave. Dernièrement, la libre circulation des capitaux offre à voir cette évolution (19). La cause est donc entendue et à ce point exploitée par la Cour qu'il

(14) Voy. not. C.J.C.E., 7 février 1984, *Duphar*, aff. C-238/82, *Rec.*, p. 523 ; C.J.C.E., 16 septembre 1999, *Becu e.a.*, aff. C-22/98, *Rec.*, p. I-5665.

(15) La question est relativement ancienne (voy. G. Marenco, « Le traité CEE interdit-il aux États membres de restreindre la concurrence ? », *Cah. dr. eur.*, 1986, p. 285 ; D. Waelbroeck, « Application des règles de concurrence du traité de Rome à l'autorité publique », *R.M.C.*, 1987, p. 25 ; R. Joliet, « Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire », *Cah. dr. eur.*, 1988, p. 363 ; L. Gyselen, « State action and the effectiveness of the EEC treaty's competition provisions », *CMLR*, 1989, p. 33) et a été stabilisée avec la trilogie jurisprudentielle « Meng, Ohra et Reiff » (C.J.C.E., 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91, *Rec.*, p. I-5751 ; C.J.C.E., 17 novembre 1993, *Ohra*, aff. C-245/91, *Rec.*, p. I-5851 ; C.J.C.E., 17 novembre 1993, *Reiff*, aff. C-185/91, *Rec.*, p. I-5801 ; voy. B. Van Der Esch, « Loyauté fédérale et subsidiarité à propos des arrêts du 17 novembre 1993 dans les affaires C-2/91 (*Meng*), C-245/91 (*Ohra*) et C-185/91 (*Reiff*) », *Cah. dr. eur.*, 1994, p. 523 ; L. Idot, « Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? À propos de quelques développements récents… », *Europe*, janvier 1996, chron. 1.

(16) C.J.C.E., 9 décembre 1997, *Commission c. France*, aff. C-265/95, *Rec.*, p. I-7005.

(17) C.J.C.E., 12 décembre 1974, *Walrave*, aff. C-36/74, *Rec.*, p. 1405.

(18) C.J.C.E., 22 novembre 1982, *Commission c. Irlande*, aff. C-249/81, *Rec.*, p. 4005.

(19) Voy. C.J.U.E., 8 juillet 2010, *Commission c. Portugal*, aff. C-171/08, *Rec.*, p. I-6817 ; au Portugal qui cherchait à échapper à l'interdiction des entraves à raison de la création de *golden shares* en arguant du fait que ces actions privilégiées étaient instituées par les statuts de Portugal Telecom, la Cour objecte que la mesure est imputable à l'État, car non seulement les actions privilégiées ont été autorisées par le législateur portugais, mais, en outre, leur création ne découle pas d'une application normale du droit des sociétés ; voy. G. Parléani, « "Actions spécifiques" : les entraves aux libertés de circulation doivent provenir de mesures imputables à un État membre et non au droit des sociétés », *Rev. soc.*, 2010, p. 514.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

est possible aujourd'hui de systématiser les hypothèses concernées (20).

Cette généralisation de « l'entrave privée » ne surprend guère si l'on garde en mémoire l'argumentaire de la Cour dans l'affaire *Walrave* fondé sur l'effet utile de la libre circulation des personnes et de la libre prestation des services, quand bien même le terme n'est pas expressément employé. Or, et il s'agit là d'un truisme, la défense de l'effet utile concerne toute disposition donnant corps à l'intégration négative.

L'homogénéisation se constate également dans la définition matérielle de l'entrave. Le mouvement n'est pas complet, mais porte sur ce que l'on pourrait considérer comme constituant le noyau dur des formes d'entraves. L'on songe évidemment aux mesures discriminatoires définies de manière identique dans toutes les libertés de circulation, et ce, que la discrimination soit directe ou indirecte, bien que cette dernière ait comme terrain de prédilection la libre circulation des personnes plus que la libre circulation des marchandises. En outre – est-il besoin de le développer ? –, la notion de mesure indistinctement applicable se retrouve dans toutes les libertés de circulation. Il y a donc là une matrice évidente. Un bloc commun tourné vers la détection des mesures qui entravent « l'accès au marché » (21).

Ce bloc commun n'empêche toutefois pas des particularités propres à chaque liberté. Les exemples sont connus et ne seront rappelés que pour mémoire. En droit des mesures d'effet équivalent, la catégorie des mesures indistinctement applicables se subdivise pour distinguer les réglementations relatives au produit, les modalités de vente (22) et les réglementations relatives à l'utilisation des produits (23). Cette subdivision, critiquée (24), n'est pas étendue aux autres libertés (25). En outre, les développements de la citoyenneté européenne offrent à voir le développement d'une entrave

(20) Voy. F. Picod, « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire », in *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 635 et s. ; « Des entraves publiques aux entraves privées », in V. Michel (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur – Le marché intérieur entre réalité et utopie*, *op. cit.*, pp. 119 et s.

(21) Voy. not. C.J.C.E., 5 octobre 2004, *Caixa Banque*, aff. C-442/02, *Rec.*, p. I-8961, pt 12, pour la liberté d'établissement ; C.J.U.E., 12 juillet 2012, *SC Volksbank România S.A.*, aff. C-602/10, *nep*, pt 75, pour la libre prestation de services. En libre circulation des travailleurs, il s'agit évidemment de l'accès au marché du travail ; C.J.C.E., 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. C-222/86, *Rec.*, p. I-4097 ; C.J.U.E., 21 juin 2012, *Sommer*, aff. C-15/11, *nep.*

(22) C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes. C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, p. I-6097.

(23) C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, affaire dite « Remorques italiennes », aff. C-110/05, *Rec.*, p. I-519 ; C.J.C.E., 4 juin 2009, *Mickelsson et Roos*, aff. C-142/05, affaire dite « Jet-ski », *Rec.*, p. I-4273 ; voy. not. L. Gormley, P. Nihoul et E. Van Nieuwenhuyze (dir.), « What standard after Keck ? Free movement provisions andnational rules affecting consumer usage or trade access », *R.E.D.C./Eureopan Journal of Consumer Law*, 2012, n° 2.

(24) Voy. not., pour une présentation nuancée de la question, R. Kovar, « Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose », *Rev. trim. dr. eur.*, 2006, p. 213.

(25) Voy. not., C.J.C.E., 25 juin 2009, *Commission c. Autriche*, aff. C-356/08, *Rec.*, p. I-108, pub. somm. ; dans cette affaire, l'Autriche invitait la Cour à reprendre le raisonnement de *Keck et Mithouard* en reconnaissant, dans la libre prestation de services, des « modalités d'utilisation ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

liée à la privation « de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union » (26). Sans qu'il soit nécessaire de multiplier les exemples, l'on peut s'en tenir, dans la perspective ici retenue, à l'homogénéisation de la définition de l'entrave. À ce premier constat s'en ajoute un second tenant aux ponts jetés entre le marché intérieur et les politiques et actions de l'Union.

B. – Liens entre marché intérieur et politiques de l'Union européenne

Comme le dédicataire de ces *Mélanges* a pu le relever, un lien étroit unit le marché intérieur et les politiques de l'Union européenne. Il s'agit d'un lien ancien, pérenne et renouvelé. Le levier, visible dès les années 1970, repose sur un « syncrétisme marqué par l'apparition de politiques nouvelles de l'Union dans les domaines qui justifiaient des dérogations ou restrictions des États membres face aux libertés de circulation » (27). La mécanique en est bien connue et tient à la complémentarité des méthodes d'intégration négative et positive. Plus précisément, le rouage essentiel de ce syncrétisme procède des entraves justifiées. La raison en est simple : bien que justifiée, l'entrave existe et affecte « l'établissement et le fonctionnement du marché commun ». La formule permet immédiatement de saisir ce qui dans le traité nourrit ce syncrétisme : il s'agit du rapprochement des législations. Ainsi, et de manière mécanique bien que subordonnée à la volonté politique des représentants des États membres siégeant au Conseil, les entraves justifiées ont appelé le rapprochement des législations dans les domaines constituant la cause de la justification. Sont ainsi nées les politiques de protection de l'environnement et de la santé notamment (28). Et le processus produit encore effet, comme en témoignent les débats quant au choix de la base juridique des textes européens en matière de droit des contrats (29). Mais, aujourd'hui, les rapports entre droit du marché intérieur et politiques de l'Union prennent une autre tournure avec l'approfondissement des secondes.

D'une certaine manière, l'on peut considérer que les choses se présentent aujourd'hui à l'inverse et posent la question de l'influence des politiques européennes sur la mise en œuvre du droit du marché intérieur.

Deux affaires sont, à cet égard, illustratives et portent toutes deux sur la définition de la justification tirée de « raisons impérieuses de sécurité

(26) Voy. not. C.J.U.E., 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, aff. C-34/09, *Rec.*, p. I-1177 ; C.J.U.E., 15 novembre 2011, *Murat Dereci e.a. c. Bundesministerium für Inneres*, aff. C-256/11, *Rec.*, p. I-11315.

(27) Cl. Blumann, « Conclusions », in E. Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 422.

(28) Qu'il soit permis de renvoyer à notre thèse, V. Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 236 et s.

(29) Voy. not., *Association Henri Capitant, Réponse à la Commission européenne : à propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, disponible sur le site de l'association : www.henricapitant.org.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

publique » visée à l'article 28, paragraphe 3, de la directive 2004/38. La Cour n'hésite pas, pour interpréter cette notion, à tirer argument d'éléments extérieurs au droit du marché intérieur. Ainsi en est-il dans l'affaire *Tsakouridis* (30), puisque la décision-cadre établissant des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs d'infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue (31) est prise en compte pour déterminer si la lutte contre la criminalité liée au trafic de stupéfiants en bande organisée est susceptible de relever de la notion de « raisons impérieuses de sécurité publique ». Dans l'affaire *P.I.* (32) sont convoqués le droit primaire – article 83, paragraphe 1er, TFUE – et le droit dérivé le mettant en œuvre – directive relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants ainsi que la pédopornographie (33). Ce raisonnement a été critiqué à deux égards. Tout d'abord, il a été relevé que cette « jurisprudence facilite la possibilité pour les États membres de justifier l'existence de "raisons impérieuses de sécurité publique" et donc de prendre une mesure d'éloignement » (34). Ensuite, il est reproché à la Cour de solliciter de « manière intensive et quelque peu surprenante – s'agissant d'un problème juridique relevant sans conteste de la libre circulation des personnes physiques en raison de l'exercice d'activités économiques, soit plus largement en raison des droits tirés de la citoyenneté européenne – le titre V du TFUE consacré à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et plus particulièrement son chapitre 4 relatif à la coopération judiciaire en matière pénale » (35). La première critique s'appuie sur les règles d'interprétation et le reproche d'une prise de distance avec le principe d'interprétation stricte des exceptions à la libre circulation. La seconde est adossée sur la structuration du traité et la séparation entre marché intérieur et politiques de l'Union, séparation qu'il est reproché à la Cour de méconnaître. À n'en pas douter, cette interaction entre les divers pans de la construction économique de l'Union interpelle.

II. – Une homogénéisation questionnée

Les questionnements suscités par la jurisprudence de la Cour portent tout autant sur le respect des catégories juridiques (A) que sur le sens de ce mouvement jurisprudentiel (B).

(30) C.J.U.E., 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, aff. C-145/09, *Rec.*, p. I-11979.

(31) Décision-cadre 2004/757/JAI, du 25 octobre 2004, *J.O.C.E.*, L 335 du 11 novembre 2004.

(32) C.J.U.E., 22 mai 2012, *P.I.*, aff. C-348/09, préc.

(33) Directive 2011/93 du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011, *J.O.U.E.*, L 335 du 17 décembre 2011 ; rectificatif *J.O.U.E.*, L 18 du 21 janvier 2012.

(34) S. Clement, « "Raisons impérieuses de sécurité publique", infractions pénales et décision d'éloignement », *AJ pénal*, 2012, no 9, p. 475.

(35) A. Rigaux, *Europe*, 2012, comm. 269.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

A. – Homogénéisation et catégories juridiques

Le mouvement d'homogénéisation peut questionner en ce qui concerne les dichotomies afférentes à la catégorisation juridique. L'on touche ici à l'une des difficultés auxquelles le juge est quotidiennement confronté : s'il est attaché au droit et à ses rigueurs, il n'en demeure pas moins qu'il doit avant tout trancher le contentieux dont il est saisi. Il y a là un truisme qui est toutefois lourd de sens et de conséquences. En effet, et pour schématiser, les catégories juridiques, et le travail de qualification juridique des faits afférents, peuvent conduire à des conclusions présentant l'inconvénient de ne pas permettre l'admission d'un argumentaire alors qu'il coïncide avec une évolution générale de la société. Dans ce cas, l'alternative ouverte au juge est resserrée : soit il respecte purement et simplement les catégories juridiques et ignore cette évolution sociétale, soit il développe une stratégie de contournement de nature à résoudre au mieux l'affaire dont il est saisi, quitte à dérouter quelque peu les « faiseurs de systèmes ». La jurisprudence relative aux justifications de l'entrave est, à cet égard, symptomatique.

En la matière, les principes directeurs sont bien connus : les justifications textuelles sont applicables aux mesures discriminatoires et les justifications jurisprudentielles aux mesures indistinctement applicables (36). L'application rigoureuse de cette dichotomie s'accommode mal du caractère limitatif des justifications textuelles et, peut-être surtout, de leur absence de modification depuis 1957 alors que les considérations d'intérêt général ont considérablement évolué depuis lors. La protection de l'environnement offre une illustration particulièrement exemplative des difficultés que cela engendre : non mentionnée à l'article 36 TFUE, cette justification ne peut donc être, en principe, invoquée qu'à l'égard d'une mesure indistinctement applicable ; ainsi, une mesure discriminatoire est destinée à être condamnée quand bien même elle tendrait à sauvegarder l'environnement et rejoindrait ainsi une politique importante de l'Union européenne. Il y a de quoi nourrir l'étonnement et/ou la perplexité. Une observation similaire peut être faite quant à la protection de la propriété intellectuelle, puisque cette cause de justification ne participe pas de celles mentionnées dans le traité dans le domaine de la libre prestation de services, de sorte qu'ici aussi, seules les mesures indistinctement applicables relèvent de cette cause de justification. L'on peut encore évoquer la montée en puissance de justifications nouvelles – telle la lutte contre le *dumping* social (37) – non mentionnée dans le traité et qui ne pourrait donc opérer qu'en tant qu'exigence impérative justifiant une mesure indistinctement applicable.

Il ne fait pas de doute que cette situation a de quoi embarrasser la Cour. Mais que faire dans ces hypothèses ?

(36) Voy. not. C.J.C.E., 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders e.a.*, aff. C-352/85, *Rec.*, p. 2124 (libre prestation de services) ; C.J.C.E., 25 juillet 1995, *Aragonesa*, aff. C-1/90 et 176/90, *Rec.*, p. I-4151 (libre circulation des marchandises).

(37) C.J.U.E., 19 décembre 2012, *Commission c. Belgique*, aff. C-577/10, *nep.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La protection de l'environnement constitue sans aucun doute le domaine d'analyse le plus fécond. En effet, alors que l'Acte unique pose les premières bases de la politique de protection de l'environnement, celle-ci n'est toujours pas visée à l'article 36 TFUE. Un hiatus apparaît donc dans la prise en compte de cet intérêt commun aux États membres, un hiatus qui pourrait conduire à des jugements bien peu compréhensibles, puisque les rigueurs juridiques doivent en principe contraindre la Cour à rejeter toute possibilité de justification d'une mesure discriminatoire par la protection de l'environnement. Les avocats généraux Jacobs et Bot ont remarquablement bien exposé cette difficulté. Pour le premier, « le fait de juger que les mesures environnementales ne peuvent être justifiées que lorsqu'elles s'appliquent indistinctement risque de mettre en échec la finalité même des mesures. Les mesures nationales pour la protection de l'environnement sont de manière inhérente susceptibles d'opérer une différenciation sur la base de la nature et de l'origine de la cause du dommage, et sont dès lors susceptibles d'être considérées comme discriminatoires, précisément parce qu'elles sont basées sur des principes reconnus, tels que "la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement" » (38). Le second démontre que, pour se départir des contraintes de ces catégorisations juridiques, la Cour agit au niveau de la qualification juridique de l'entrave soit en « neutralisant le caractère discriminatoire, pourtant avéré, d'une mesure nationale, soit en se dispensant purement et simplement de rechercher si la mesure est discriminatoire ou non » (39).

Une affaire « déchets wallons » (40) est symptomatique de la première tendance : alors que le gouvernement belge justifiait l'entrave par la protection de l'environnement et que la Commission lui contestait cette possibilité au motif que la réglementation litigieuse constituait une mesure discriminatoire, la Cour considère, quant à elle, que, s'« il est vrai que les exigences impératives n'entrent en ligne de compte que s'agissant de mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et importés [...] ; pour apprécier le caractère discriminatoire ou non de l'entrave en cause, il faut tenir compte de la particularité des déchets. En effet, le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement [...] implique qu'il appartient à chaque région, commune ou autre entité locale de prendre les mesures appropriées afin d'assurer la réception, le traitement et l'élimination de ses propres déchets ; ceux-ci doivent donc être éliminés aussi près que possible du lieu de leur production, en vue de limiter leur transport autant que faire se peut » (41). La mise en exergue de cette particularité des déchets, qui contraint à prendre en considération le principe de correction

(38) Concl. sous C.J.C.E., 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, aff. C-379/98, *Rec.*, p. I-2099, concl. pt 233.

(39) Y. Bot, concl. dans les aff. jtes C-204/12 à 208/12, *Essent Belgium N.V.*, pt 91. Dans d'autres cas, la Cour ne s'embarrasse pas à masquer l'application d'une exigence impérative à une mesure frappant spécifiquement les importateurs, voy. not. C.J.C.E., 30 avril 2009, *Fachverband der Buch und Medienwirtschaft*, aff. C-531/07, *Rec.*, p. I-3717.

(40) C.J.C.E., 9 juillet 1992, *Commission c. Belgique*, aff. C-2/90, *Rec.*, p. I-4431.

(41) *Ibid.*, pt 34.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

par priorité à la source, permet à la Cour de considérer que, « compte tenu des différences entre les déchets produits d'un lieu à un autre et de leur lien avec le lieu de leur production, les mesures contestées ne sauraient être considérées comme discriminatoires ». Exit donc le caractère discriminatoire de la mesure et, par voie de conséquence, l'incomplétude de l'article 36 ne permettant pas l'invocation de la protection de l'environnement. Dans le même ordre d'idées peut être citée une autre affaire concernant la Belgique, celle relative au système dit Limosa (42). Épineuse affaire, car la Belgique avançait, pour justifier une entrave à la libre prestation de services, la prévention de la concurrence déloyale, la prévention du *dumping* social, la nécessité de maintenir l'équilibre financier de la sécurité sociale en lien avec la lutte contre la fraude à la loi sociale et, notamment, le travail dissimulé ainsi que l'existence de faux indépendants et, enfin, la protection des travailleurs. Vaste ensemble qui ne relève pas des dispositions du traité listant les justifications en matière de libre prestation de services. Or la mesure en cause semblait discriminatoire, de sorte que, comme l'avançait la Commission, il ne pouvait être fait application d'une quelconque exigence impérative, ce qui vouait à l'échec la défense belge. La Cour ne procède pas de la sorte et considère que les prestataires belges ne se trouvent pas dans la même situation que les prestataires établis dans un autre État. Ce constat, pour déroutant qu'il soit, est judicieux, car la mise en exergue de cette différence objective de situation entre ces deux catégories de prestataires permet d'écarter la qualification de mesure discriminatoire et, donc, d'ouvrir la perspective des exigences impératives.

La seconde échappatoire procède d'une indifférence à l'égard de la qualification de la mesure : la Cour ne recherche pas à poser sa nature discriminatoire ou non, ce qui lui donne toute liberté quant au fondement de la justification. Ainsi, dans l'affaire *Aher-Waggon*, la Cour passe du constat d'une restriction des échanges – sans autre précision – à l'analyse et à l'acceptation de sa justification (43).

L'on voit bien, avec ces quelques exemples, que les effets des catégorisations juridiques sont quelque peu brouillés. Il en ressort une démarche que l'on peut qualifier de globalisante. Concernant les catégories de justification, une formule, devenue rituelle, est significative : « il ressort d'une jurisprudence constante qu'une réglementation ou une pratique nationale qui constitue une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives ne peut être justifiée que par l'une des raisons d'intérêt général énumérées à l'article 30 CE ou par des exigences impératives [...]. Dans l'un et l'autre cas, la mesure nationale doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint » (44). Ensuite, l'effacement, dans les raisonnements, de la distinction

(42) C.J.U.E., 19 décembre 2012, *Commission c. Belgique*, aff. C-577/10, préc.
(43) C.J.C.E., 14 juillet 1998, *Aher-Waggon GmbH*, aff. C-389/96, *Rec.*, p. I-4473.
(44) C.J.C.E., 11 décembre 2008, *Commission c. Autriche*, aff. C-524/07, *Rec.*, p. I-187, pub. somm., pt 54.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

mesure discriminatoire/mesure indistinctement applicable révèle, dans notre objet d'étude, tout l'intérêt du recours à la notion générale d'entrave (45), plutôt qu'à celles de mesure discriminatoire qui appelle une justification textuelle ou de mesure indistinctement applicable liée aux justifications jurisprudentielles : l'entrave est, quant à elle, justifiée.

Si, comme l'avocat général Yves Bot, « nous ne pouvons que nous réjouir de cette évolution qui consacre l'intégration des préoccupations environnementales dans le cadre du marché intérieur » (46) ou bien celles tenant à la lutte contre les faux indépendants, l'on peut regretter la complexité des raisonnements que cela engendre. Une clarification est donc souhaitable. Deux voies sont envisageables : l'une incombe aux rédacteurs du traité qui pourraient actualiser les justifications textuelles, l'autre se décèle dans la jurisprudence dont il faut percer le sens.

B. – Homogénéisation et sens

Ces différents mouvements jurisprudentiels questionnent et sont, parfois, reprochés à la Cour. Sans nier que l'étonnement puisse survenir à la lecture de certains arrêts, il nous semble indispensable de garder à l'esprit les causes incitant la Cour à raisonner ainsi. Outre le fait que la liste textuelle des justifications de l'entrave n'a jamais été modifiée, l'on peut considérer que l'approche sectorielle inhérente à la construction européenne est une donnée à prendre en compte. Inéluctable, celle-ci doit désormais être dépassée et l'on est enclin à déceler, dans cette jurisprudence, des éléments le permettant. Ainsi, ce mouvement jurisprudentiel peut faire sens.

Les difficultés afférentes à l'approche sectorielle des actions européennes se concrétisent essentiellement au travers du contentieux de la base juridique. Les principes de résolution sont bien connus : le choix de la base juridique doit se fonder sur des éléments objectifs liés au but et au contenu de l'acte, étant entendu que, lorsqu'un acte poursuit plusieurs finalités, il convient de tenir compte de sa finalité principale. Sur cette base, il importe – pour la perspective ici retenue – de constater l'immixtion, dans les développements de la Cour, des clauses transversales (47), voire des objectifs généraux d'un secteur d'action (48). Il y a là un élément essentiel, car rien n'empêche que les clauses transversales présentent une utilité au-delà du contentieux de la base juridique afférent à l'intégration positive. Pour dire les choses autrement, les clauses transversales peuvent avoir droit de cité également dans l'application des principes informant l'intégration négative.

(45) Ce que fait la Cour dans cette affaire *Aher-Waggon GmbH*, voy. pt 19.

(46) Concl. dans les aff. jtes C-204/12 à 208/12, *Essent Belgium N.V.*, préc., pt 92.

(47) Qu'il nous soit permis de renvoyer à notre étude, « Les objectifs à caractère transversal », in E. Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 177.

(48) En l'occurrence, les relations extérieures de l'Union dans lesquelles l'art. 21 TFUE est largement utilisé par la Cour ; voy. not. C.J.C.E., 19 juillet 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-130/10, *nep*, pt 62.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

C'est bien ce que proposent les avocats généraux. Telle est la voie empruntée par M. Yves Bot pour résoudre la difficulté afférente à la non-prévision de la protection de l'environnement au titre de l'article 36 TFUE. Partageant avec l'avocat général Jacobs le refus de ne pas justifier une mesure discriminatoire par la protection de l'environnement, pour la simple raison que l'article 36 TFUE est oublié des révisions du traité, il propose « de consacrer la place éminente de la protection de l'environnement dans l'ordre juridique de l'Union et de poursuivre ainsi l'évolution commencée avec l'arrêt du 7 février 1985, *ADBHU*, qui avait fait de la protection de l'environnement "un des objectifs essentiels de la Communauté" » (49). Les bienfaits d'une telle démarche ne font pas de doute : « élever explicitement la protection de l'environnement au rang d'une exigence impérative d'intérêt général pouvant être invoquée pour justifier des mesures qui restreignent les libertés de circulation, fussent-elles discriminatoires, contribuerait [...] à assurer sa prévalence sur d'autres considérations » (50). Et évoquer cette prévalence conduit à porter le regard sur l'article 11 TFUE. Ainsi, admettre généralement la protection de l'environnement comme cause de justification de l'entrave trouve sa « justification théorique [...] dans le principe d'intégration, qui implique que les objectifs environnementaux, dont la Cour a souligné le caractère à la fois transversal et fondamental, soient pris en compte dans la définition et la mise en œuvre des politiques et des actions de l'Union. Si ce principe n'impose pas de donner systématiquement la priorité à la protection de l'environnement, il implique, en revanche, que l'objectif environnemental puisse être systématiquement mis en balance avec les autres objectifs fondamentaux de l'Union ». Ce faisant, l'article 11 TFUE pourrait permettre de combler les lacunes de l'article 36 TFUE et offrir à la Cour le moyen de le faire sans nécessairement passer par un effacement des frontières entre mesure discriminatoire et mesure indistinctement applicable.

L'idée est incontestablement judicieuse et avait déjà été avancée par l'avocat général Pedro Cruz Villalón relativement à la « clause sociale » (51) dans une affaire classique de justification d'une entrave à la libre prestation de services par l'impératif de protection des travailleurs (52). Pour lui, « depuis le 1er décembre 2009 [...] il convient de prendre en considération plusieurs dispositions de droit social primaire touchant au cadre des libertés. Notamment, le détachement de travailleurs, dans la mesure où il peut moduler l'intensité de la libre prestation de services, doit être interprété à la lumière des dispositions sociales introduites par ledit traité. En effet, l'article 9 TFUE a prévu une clause transversale de protection sociale qui oblige les institutions à prendre en compte les "exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'à un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine". L'entrée en vigueur du Traité de

(49) Concl. dans les aff. jtes C-204/12 à 208/12, *Essent Belgium N.V.*, préc., pt 95.
(50) *Ibid.*, pt 96.
(51) Art. 9 TFUE.
(52) C.J.U.E., 7 octobre 2010, *Vítor Manuel dos Santos Palhota e.a.*, aff. C-515/08, *nep.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

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 » (53). L'on ne peut plus clairement tirer parti de l'intégration en droit primaire d'une raison impérieuse d'intérêt général pour renouveler l'analyse de la justification de l'entrave. Naturellement, cette voie doit être judicieusement articulée avec le principe d'interprétation stricte des exceptions, ce que la Cour semble déjà faire avec la justification tirée de la protection de la santé publique notamment (54).

Cette démarche, qui consiste à dresser des ponts en considération d'objectifs communs aux États, nous paraît de nature à expliquer des arrêts tels que celui rendu dans l'affaire *P.I. (*55*).* Il a été reproché à la Cour de sortir de la source « marché intérieur » pour inclure dans son raisonnement celle de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (56). L'on peut toutefois voir les choses autrement et juger plus positivement cette jurisprudence.

L'on est, en effet, enclin à relier cet arrêt à la mise en cohérence des actions de l'Union. Ainsi, face à un comportement donné – un abus sexuel sur mineur –, il nous semble délicat de ne pas prendre en compte les actions de l'Union et les raisons les sous-tendant. Plus concrètement, l'on est enclin à apprécier l'affaire *P.I.* en dépassant ou en prolongeant une analyse en termes de sources sectorielles. Que fait la Cour en se référant à la directive 2011/92 ? Elle s'appuie sur un texte qui formalise un objectif commun aux États membres de l'Union, un objectif commun identifié à l'article 83 TFUE et approfondi par le droit dérivé. Or l'on sait la portée des objectifs dans un système juridique tel que celui de l'Union européenne (57) : ils sous-tendent la dévolution de compétence, sont la raison d'être de ce sujet dérivé qu'est l'Union, lequel serait dépourvu de sens s'il n'œuvrait pas pour les atteindre (58). Le rappel de ces évidences permet de les replacer dans

(53) Concl., pts 51 et 53.

(54) Qu'il nous soit permis de renvoyer à notre étude, « Le protectionnisme étatique licite vu au travers des exceptions au droit du marché intérieur », in S. Barbou des Places (dir.), *Protectionnisme et droit de l'Union européenne*, coll. Cahiers européens, Paris, Pedone, n° 6, 2014, pp. 65 et s.

(55) C.J.U.E., 22 mai 2012, *P.I.*, aff. C-348/09, préc.

(56) Voy. *supra*.

(57) Voy. E. Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, *op. cit.*

(58) C'est bien ce que disait le juge Pescatore lorsqu'il estimait que, « si plusieurs États ont voulu concourir dans un dessein d'union, s'ils ont voulu se donner des objectifs communs, cette volonté doit tirer pratiquement à conséquence, aussi, dans l'ordre des moyens de réalisation.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

le contexte actuel : peut-on envisager que les objectifs d'une politique de l'Union soit non prégnants dans la mise en œuvre du droit du marché intérieur ? Nous ne le pensons pas. Ainsi, l'approfondissement des politiques de l'Union pourrait être considéré comme un élément permettant de mettre au jour le consensus européen – pour reprendre une formule bien connue en droit de la Convention européenne des droits de l'homme – ici celui se dessinant au sein de l'Union. Ainsi, tout comme il a été mentionné que la Cour européenne a « indiqué qu'elle ne pouvait pas ne pas être influencée par l'évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des États membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine » (59) et que le recours au consensus européen lui permet de procéder à des avancées certaines (60), l'on peut considérer que la Cour de justice fait de même en se servant d'actes de droit dérivé extérieurs au droit du marché intérieur pour mettre en œuvre celui-ci. Ainsi, le syncrétisme qui, initialement, opérait dans le sens marché intérieur/politiques se déploie désormais dans le sens inverse.

L'on conçoit que cette vision puisse susciter le désarroi (61), mais l'on est enclin à penser qu'elle est de nature à donner consistance à une certaine vision cohérente des actions européennes. Car, à notre sens, c'est bien de cohérence dont il s'agit. Or la cohérence, au-delà de sa mention dans le traité, prend corps, notamment, dans ces relations entre marché intérieur et autres politiques de l'Union. L'on peut, à cet égard, porter le regard sur la construction de l'union bancaire. Conçue dans le cadre de la politique monétaire et, donc, destinée aux États dont la monnaie est l'euro, il n'est guère envisageable de laisser totalement en marge les États dont la monnaie n'est pas l'euro. La cause en est simple : les services bancaires relèvent du marché intérieur auquel tous les États membres participent. Cela explique que le dispositif institué comprenne une « coopération rapprochée » ouverte aux États membres dont la monnaie n'est pas l'euro (62). Ainsi, la « logique marché intérieur » façonne celle de la politique monétaire, donc, une politique relevant d'un autre secteur. Ce constat opéré, l'on ne voit pas bien ce

---

En d'autres termes, il faut que la construction européenne soit un dessein pratiquement opérant ; il faut qu'à la vision des objectifs corresponde la réalité des pouvoirs », in *Le droit de l'intégration, émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, A. Sijthoff-Leiden, 1972, rééd. Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 43.

(59) A. Kovler, V. Zagrebelsky, L. Garlicki, D. Spielmann, R. Jaeger et R. Liddel, « Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Dialogues entre juges, Cour européenne des droits de l'homme*, 2008, disponible à l'adresse : http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_FRA.pdf.

(60) Dans cette analyse n'est pas pris en compte le recours à la notion de consensus européen pour servir une retenue judiciaire de la CEDH.

(61) À l'image de ce qui a pu être constaté concernant le consensus européen, voy. P. Martens, « Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen », in *Dialogues entre juges*, *op. cit.*

(62) Règlement du Conseil nº 1024/13 du 15 octobre 2013, confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, *J.O.U.E.*, L 287 du 29 octobre 2013, art. 7.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

qui militerait pour interdire que les choses n'opèrent pas dans l'autre sens, c'est-à-dire que la logique d'une politique n'agisse pas sur la conception du marché intérieur.

Cette évolution peut être considérée comme présentant certains mérites sans toutefois être exempte de difficultés. Les mérites tiennent essentiellement à l'approfondissement du syncrétisme évoqué précédemment : les développements du marché intérieur conduisent à celui des politiques de l'Union et, par effet de retour, ces politiques agissent sur le marché intérieur. Un cercle vertueux peut alors informer l'ensemble des actions économiques de l'Union. En effet, comme le notait déjà M. Delors en 1985, « plusieurs autres domaines de la politique communautaire sont en interaction avec le marché intérieur en ce sens qu'ils conditionnent son fonctionnement et bénéficieront de l'impulsion qu'apportera son achèvement » (63). Ainsi, dans cette perspective, les avancées réalisées dans les diverses politiques de l'Union conditionnent le fonctionnement du marché intérieur en ce sens que les concepts du marché intérieur sont interprétés en tenant compte des politiques européennes. Un *continuum* se dessine donc au-delà de l'approche sectorielle du traité. Dans le cadre des justifications de l'entrave, l'on a pu noter les critiques tenant à la distance prise avec le principe d'interprétation stricte des exceptions à l'interdiction de l'entrave. Le reproche est sans aucun doute appuyé sur un principe d'interprétation incontestable, mais ne peut-on envisager de faire appel à un principe cardinal de l'interprétation du droit de l'Union pour poursuivre la réflexion ? Raisonnent alors les propos de l'avocat général Mancini qui, pour interpréter l'article 36 CE, proposait de prendre en compte « l'argument [...] tiré du critère d'interprétation de "l'effet utile" afin d'éviter de "rendre [...] non utile l'exemption que constitue" la justification textuelle de l'entrave » (64). N'est-ce pas, finalement, ce vers quoi tend la Cour ?

(63) Commission des Communautés européennes, « L'achèvement du marché intérieur. Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen », *COM* (85) 310 final du 14 juin 1985, p. 8, pt 20.

(64) C.J.C.E., 7 février 1984, *Duphar*, aff. C-238/82, préc., pp. 551 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Marché intérieur et politiques de l'Union : brèves réflexions sur une quête d'unité
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

QUELQUES RÉFLEXIONS MÉTHODOLOGIQUES SUR LA QUALIFICATION DE LA NATURE JURIDICO-POLITIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE

Sébastien ROLAND

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Cergy-Pontoise
et à l'Institut d'études politiques de Saint-Germain-en-Laye
Centre de philosophie juridique et politique

Au fur et à mesure que l'on catégorise, on s'applique à identifier de nouvelles propriétés ; au fur et à mesure que de nouvelles propriétés sont découvertes, on essaie de réorganiser le dispositif catégoriel. Mais toute hypothèse sur le cadre catégoriel à assumer influence la façon de rendre les énoncés d'observation comme valides et de les considérer comme tels (ainsi, celui qui veut faire de l'ornithorynque un mammifère ne cherche pas les œufs ou se refuse à les reconnaître lorsqu'ils entrent en scène, tandis que celui qui veut faire de l'ornithorynque un ovipare cherche à nier l'existence des mamelles et du lait). La dialectique de la cognition et de la connaissance, ou de la connaissance et du savoir, si l'on veut, est ainsi faite.

Umberto ECO, *Kant et l'ornithorynque*,
coll. Le Livre de Poche, Paris, Grasset, 1997, p. 344

Où situer l'Union européenne sur l'échelle des formes politiques ? Il s'agit là d'une des grandes interrogations sur lesquelles la doctrine ne cesse de buter depuis les moments inauguraux de la construction européenne. Une question à l'égard de laquelle le dédicataire des présents *Mélanges* a non seulement toujours manifesté un fort intérêt (1), mais une question dont il a,

(1) Au titre de ses principales contributions qui abordent, directement ou indirectement, cette question, on citera notamment : « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de constitutionnalité des traités en France », *RGDI publ.*, 1978, pp. 537 et s., « La ratification par la France du traité de Maastricht », *R.M.C.U.E.*, 1994, pp. 399 et s., *La fonction législative communautaire*, coll. Systèmes, Paris, LGDJ, 1995, 175 p., « Intervention », *in* H. GAUDIN (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Actes du colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, Paris-Aix-Marseille, Economica-PUAM, 2001, pp. 375 et s., « Essai sur le processus de constitutionnalisation de l'Union européenne », in *Les mutations contemporaines du Droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 277 et s., « Projet de constitution pour l'Europe, étude de qualification juridique », in J. ANDRIANTSIMBASOVINA, Cl. BLUMANN, H. GAUDIN et F. PICOD (dir.), *Annuaire de droit européen 2003 (n° 1)*, Bruxelles, Bruylant, pp. 40 et s., « Le traité modificatif : relance ou recul du projet européen. Rapport introductif », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, Cl. BLUMANN, H. GAUDIN et F. PICOD (dir.), *Annuaire de droit européen 2006 (n° 4)*, Bruxelles, Bruylant, pp. 9 et s., « L'apport du droit de retrait à la qualification juridique de l'Union européenne », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 53 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

au surplus, proposé un traitement qui témoigne de la plus grande ouverture intellectuelle. En ce sens, les pages de son manuel de *Droit institutionnel de l'Union européenne* qui synthétisent sa réflexion sur ce sujet (2) reflètent qu'il le tient pour fondamental au sens premier du terme : l'enjeu n'est rien de moins que de saisir dans sa singularité, afin de pouvoir le nommer, cet objet nouveau que sont les Communautés puis l'Union européennes, entendues doublement comme ordre juridique et comme corps politique (3). C'est ce caractère fondamental qui suscite, chez le chercheur curieux qu'il est, son intérêt pour les modèles explicatifs proposés par des auteurs ne relevant pas de la mouvance des communautaristes : puisque le droit positif – traités et jurisprudence – ne fournit aucune réponse tranchée, puisque la doctrine du droit de l'Union européenne n'est pas plus parvenue à proposer une qualification qui emporterait entièrement la conviction, alors en effet l'intégrité de l'homme de science lui commande de scruter les voies ouvertes par les tenants d'autres disciplines (4).

C'est ainsi en retenant comme point d'entrée dans l'œuvre doctrinale prolixe dont il est l'auteur cette question de la nature juridico-politique de l'Union européenne qu'on a choisi de rendre hommage à Claude Blumann. Parce que la posture qu'il adopte vis-à-vis de ce thème donne à voir, par métonymie en quelque sorte, à la fois la figure de l'universitaire qu'il incarne et la manière dont il a construit, toute sa carrière durant, son rapport à son objet d'étude. Goût pour le questionnement ontologique sur l'entité « Union européenne », volonté de dépasser les données du droit positif pour remonter à des concepts globalisants, claire conscience de la césure radicale qui existe entre droit et science du droit et, par voie de conséquence, entre praticien et théoricien, culture dialogique de la production de la connaissance et, partant, rejet de l'ostracisme disciplinaire de principe, soif de savoir en même temps que profonde humilité devant la complexité des phénomènes, voilà quelques-uns des traits qui caractérisent aussi bien l'homme savant qu'est Claude Blumann que la contribution qu'il apporte depuis quarante ans aux études européennes. Voilà, aussi, quels sont les traits à l'égard desquels on tenait à faire acte de révérence, non pas par formalisme apologétique, lequel commanderait, en bon thuriféraire, d'agiter en tout sens l'encensoir, mais parce que ces traits dessinent le portrait d'un chercheur envers lequel nos propres travaux ont une dette considérable, le portrait aussi d'un universitaire en qui l'on voit un modèle.

Puisqu'on se revendique épigone, c'est en s'inspirant des enseignements de Claude Blumann qu'on voudrait donc proposer quelques éléments de réflexion sur la question de la qualification juridico-politique de l'Union européenne.

(2) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, coll. Manuel, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2013, pp. 83-124.
(3) *Ibid.*, p. 83.
(4) *Ibid.*, pp. 83-100.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Comme son intitulé le fait apparaître, l'objet de la présente contribution n'est pas, après en avoir fait une recension un tant soit peu exhaustive, d'examiner au fond les différentes qualifications de l'Union européenne qui ont été tentées en doctrine ; le peu de pages dont on dispose interdirait de toute façon de se donner une telle ambition. Il est, en revanche, de s'arrêter sur l'acte de qualification lui-même, au-delà, donc, des résultats et réponses plus ou moins fermées qu'il est susceptible de produire. Ce faisant, on espère mettre au jour quelques précautions d'ordre méthodologique qui doivent – ou devraient – être prises pour effectuer un tel travail de qualification. Partant, on espère aussi, en creux, pointer un certain nombre de présupposés qui, à l'état latent donc, orientent parfois les travaux doctrinaux, cet impensé ou cet inconscient étant évidemment préjudiciables dès lors qu'ils conduisent à forcer l'analyse et à en vicier les conclusions.

On se propose de s'appuyer sur une série de questions simples.

– Pourquoi vouloir qualifier l'Union européenne ?
– En quoi cette opération de qualification doit-elle consister ?
– Sur quels aspects la qualification de l'Union européenne peut-elle porter ?

I. – Pourquoi vouloir qualifier l'Union européenne ?

Cette interrogation est bien entendu première. Elle consiste, sur le plan méthodologique, à poser la question de la question, et peut être formulée de différentes manières : quelle est l'utilité de cet acte même de qualification ? Quelle en est la signification ? À quelle nécessité répond-il ?

Si l'on en juge par le fait que nombre d'auteurs, et parmi les plus éminents, se sont abstenus de s'y essayer dans leurs écrits – et notamment ceux de ces écrits qui ont une portée didactique, comme les *Manuels* –, on doit admettre que l'opération de qualification de l'Union européenne n'est pas considérée de manière unanime comme un point de passage obligé des études européennes. Soit qu'on pourrait très bien se passer, pour la compréhension de l'Union comme objet d'étude, des éléments de réponse qui peuvent être fournis. Soit encore qu'une telle opération serait hors de portée, car trop incertaine en raison de l'impossibilité de donner une réponse univoque, car trop précoce par rapport aux données actuelles de la théorie et/ou de l'état de développement atteint par l'Union européenne, car en contradiction avec la nature même de l'intégration européenne, qui se donnerait à voir bien plus comme processus que comme état.

À rebours de cette manière de voir les choses, on voudrait cependant opposer une série d'arguments qui militent en faveur d'une réinstallation de cette question au cœur des préoccupations de la doctrine.

Le premier argument le plus évident tient à la fonction même de la recherche et à la prétention du droit communautaire/droit de l'Union européenne à s'affirmer comme discipline scientifique. S'impose, en effet, aux

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

spécialistes des études européennes l'impérieux réquisit de proposer une analyse descriptive de leur objet d'étude : si, par une chaîne régressive, on remonte de l'ordre normatif communautaire à l'ordre politique ou institutionnel qui le produit, alors il est nécessaire de remonter un cran encore et de s'interroger sur l'entité « Union européenne » elle-même. Dans sa simplicité nue, la question n'est autre que celle-ci : qu'est-ce en vérité que l'Union européenne ? En raisonnant par comparaison avec d'autres disciplines, il est surprenant de constater que, tandis que les constitutionnalistes consacrent d'aussi abondants développements à l'État, dont le statut fondamental est la Constitution, et que les internationalistes prennent pareillement grand soin de définir l'État mais aussi l'organisation internationale, entendus l'un comme acteur premier, l'autre comme acteur dérivé du droit international, de nombreux communautaristes, quant à eux, éludent la question de la qualification de l'Union européenne. Au mieux a-t-on droit dans leurs écrits à un « récit des origines » couplé à une présentation de la structure institutionnelle, normative et juridictionnelle européenne, mais, redisons-le, il est bien curieux de s'en tenir là : pour utiliser une métaphore anthropomorphique, on comprend mal pourquoi, après avoir ouvert le corps, dessiné son squelette, ausculté ses organes et décrit leurs fonctions, on ne collationne pas les données ainsi recueillies pour tenter d'identifier l'être ou la créature qu'on a sous les yeux. Sans doute, comme le relève Loïc Azoulai, y a-t-il là un « biais classique des études européennes que de se concentrer sur la qualification de l'ordre juridique produit par les Communautés pour éviter de se prononcer sur la nature de l'organisation elle-même » (5).

On le comprend, qualifier l'Union européenne ou, à tout le moins, tenter de le faire s'impose ainsi, d'une manière générale, au nom de la nécessité scientifique pesant sur chaque discipline de définir son objet d'étude. Mais qualifier l'Union européenne s'impose également, et peut-être surtout, compte tenu de la situation particulière dans laquelle se trouve le droit de l'Union européenne de justifier sa prétention à exister comme discipline autonome. C'est en vérité la question des bases conceptuelles de la discipline « droit de l'UE » qu'on soulève ici : au-delà de l'étude, singulièrement, du principe de primauté et de celui d'effet direct, et de la manière dont ils contribuent à redéfinir « l'être au monde » des États membres et de leurs citoyens, s'interroger sur la nature de cette « société de sociétés [politiques], qui en font une nouvelle » (6) est susceptible d'asseoir l'autorité de notre discipline. Loin de tout penchant obsidional, l'objet de ce travail ne consiste pas à défendre un pré carré contre l'assaut d'autres disciplines, déjà constituées, qui sont parfois tentées de dénier au droit de l'Union européenne toute singularité scientifique, mais de montrer, positivement, comment l'entité « Union européenne », difficile à situer dans la typologie des

(5) L. Azoulai, « Discutant », in G. Cohen-Jonathan et J. Dutheil de La Rochère (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, 2003, coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, n° 47, p. 99.

(6) Montesquieu, *L'Esprit des lois*, liv. IX, chap. 1er, in *Œuvres complètes*, Paris, Seuil, 1964, préface G. Vedel, p. 577.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

sujets classiques du droit international, semble investir un entre-deux – entre l'État et l'organisation internationale – et constituer de ce fait un phénomène social nouveau, tel que ce phénomène se concrétise par la formation d'une communauté politique dont les attributs sont originaux. En d'autres termes, il s'agit de récuser l'argument trop souvent entendu selon lequel, puisqu'il existe des traités ayant institué les Communautés puis l'Union européennes et puisque l'ordre juridique qui en résulte se revendique autonome, alors il existe une discipline scientifique propre. En vérité, s'il doit exister une discipline « droit de l'UE », c'est bien à raison de ce que l'étude de l'intégration européenne telle qu'elle est organisée par les traités fait apparaître la nécessité de recourir à des concepts ainsi qu'à des méthodologies différents de ceux autour desquels les disciplines déjà constituées sont structurées. Or, précisément, cette quête ontologique de ce qu'est l'Union européenne peut s'avérer décisive pour la construction des bases conceptuelles de la discipline « droit de l'Union européenne ».

Dans le prolongement de ces remarques, on doit encore insister sur le fait que l'enjeu de la qualification de l'Union européenne ne saurait être réduit à un pur nominalisme. Nommer une forme ne peut, en effet, présenter un avantage heuristique qu'en ce que ce travail permet de provoquer, par induction en quelque sorte, un effet de recomposition des savoirs. C'est là le second argument qui justifie la centralité de la question de la qualification de l'Union européenne. En proposant une qualification globale de l'entité européenne, on se donne les moyens de considérer différemment certaines questions ponctuelles qui, à défaut précisément de disposer d'un concept totalisant, font l'objet d'un traitement *per se*, c'est-à-dire en vérité isolé et fragmentaire. On donnera trois illustrations. En premier lieu, on peut se convaincre aisément que le paradigme fédéraliste offre de la citoyenneté européenne – dès lors qu'on la définit précisément comme citoyenneté fédérative – une compréhension sans doute plus aboutie que ne le permet une approche casuistique de la jurisprudence de la Cour. En second lieu, envisager pareillement la situation des États membres de l'Union en tenant celle-ci pour une organisation internationale ou une entité supranationale ne revient évidemment pas au même et a nécessairement une incidence sur la manière de définir le périmètre des droits et obligations des États membres. En troisième lieu, appréhender le dialogue des juges comme un simple échange, à coups de décisions de justice, entre deux catégories de gardiens de la légalité – européenne d'un côté, interne de l'autre – risque de tourner court dès lors que n'est pas posée la question de savoir au nom de qui les juges s'expriment, c'est-à-dire la question de savoir *in fine* ce qu'incarnent les ordres juridiques et politiques dont ces juges sont censés être les gardiens.

Sans doute faut-il encore considérer un troisième argument, de nature cette fois plus politique. Si, pour reprendre la célèbre exigence wéberienne

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de neutralité axiologique (7), tout chercheur exerce son métier en se conformant aux critères de scientificité, qui sont les seuls qui déterminent la valeur précisément scientifique de son travail, il n'en demeure pas moins que son activité produit une résonance au-delà du monde de la recherche : parce qu'il étudie des phénomènes vivants, il contribue à nourrir, à son corps plus ou moins défendant, le débat dans la Cité. Or, de ce point de vue, et pour en revenir à l'Union européenne, proposer une qualification de celle-ci, c'est fournir des éléments permettant l'appropriation de l'intégration européenne par les acteurs politiques – pouvoirs publics et citoyens –, c'est la rendre accessible, c'est en vérité éclairer le débat démocratique. En décrivant, puis nommant ce qu'est fondamentalement le processus d'intégration européenne, le chercheur tient finalement la place qui doit être la sienne, et que lui seul peut occuper, dans la Cité : à savoir non pas constituer une sorte de spicilège scientifique ésotérique réservé aux *happy few*, mais mettre à la disposition des autres composantes du corps social des clés de lecture qui permettront que les décisions politiques soient prises en clairvoyance. On se souvient que le débat référendaire sur le traité constitutionnel a révélé jusqu'à la caricature combien le phénomène d'intégration européenne restait fondamentalement incompris des citoyens.

II. – En quoi l'opération de qualification doit-elle consister ?

Si l'on se convainc de la justification du pourquoi, la seconde question qui se présente immédiatement à l'esprit est celle du comment. Entendons-nous, il ne s'agit pas ici, de discuter des thèses en présence, c'est-à-dire de comparer les mérites respectifs des différentes qualifications de la nature juridico-politique de l'Union européenne qui ont été proposées, mais de s'arrêter à un préalable, à savoir aux conditions auxquelles une opération de qualification peut être menée. Plusieurs précautions d'ordre méthodologique, et même épistémologique, doivent être prises ; on les rappellera, avant d'en tirer les enseignements dans la perspective d'une tentative de qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne.

Il est nécessaire de retrouver certains travaux de Charles Eisenmann (8) qui font autorité sur le sujet pour rappeler, avec lui, en quoi consiste intrinsèquement un travail de qualification. Comme il l'affirme avec clarté, « l'établissement des qualifications [...] est la mission propre, donc l'œuvre responsable des seuls théoriciens (c'est-à-dire des personnes attachées à la

(7) M. Weber, *Le savant et le politique*, introduction de Raymond Aron, coll. 10/18, Plon, 1959.

(8) C. Eisenmann, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *Politique*, 1968, nos 41-44, pp. 5-86, et « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, t. XI, pp. 25-43. Voy., également, M. Troper, « Les classifications en droit constitutionnel », in *Pour une théorie juridique de l'État*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 1994, pp. 251-262.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

connaissance systématique du droit) » (9). Il faut comprendre qu'il s'agit là d'un travail purement intellectuel, que seul l'homme de science est en mesure d'accomplir et qui, au reste, singularise la profession qui est la sienne. « Les classifications, écrit encore C. Eisenmann, les concepts qu'elles mettent en œuvre, les qualifications opérées sur leur base, ne préexistent pas à l'intervention des juristes, de la science du droit (ou de la science politique) ; ils sont la création de la théorie et d'elle seule, la création souveraine, en ce sens qu'il s'agit de décisions intellectuelles en vue de la meilleure analyse possible [...], en vue de la meilleure mise en ordre et intelligence possibles de la réalité politique, et que le juriste est dans cette œuvre tout à fait indépendant des constituants et autres politiques » (10).

Cette affirmation, qu'Eisenmann formule avec force, on le voit, est absolument décisive pour saisir le rapport adéquat qu'une opération de qualification se doit de maintenir entre les concepts qui sont utilisés – et qui forment donc le soubassement de toute qualification – et l'objet étudié – qu'il s'agit de ranger dans telle ou telle catégorie –, ce premier rapport étant lui-même à comprendre dans la perspective de la césure qui existe entre le droit positif ou les données fournies par le droit positif, d'un côté, et ce qui ressortit à la science du droit, de l'autre côté. Il faut prendre la pleine mesure de cette césure radicale : s'il est vrai que « les matériaux du droit contiennent parfois des qualifications, c'est-à-dire prétendent fixer, en se référant aux concepts établis par la science du droit, qu'ils connaissent, une classe à laquelle appartiendraient les règles et institutions que les législateurs constituants ou diplomates ont ou vont édicter ou créer, ou un attribut qui en résulterait pour la collectivité intéressée », il reste cependant que « de semblables assertions ou l'emploi d'une semblable terminologie ne lient pas le moins du monde le théoricien [...] ; le juriste enregistrera ces faits, mais ils n'ont aucune valeur décisive pour ses analyses. Il demeure absolument libre de les rejeter, si elles ne s'accordent pas avec les conclusions de l'analyse scientifique fondée sur un système de classification, et sur des concepts ou définitions retenues par lui comme valables. Au constituant ou aux cocontractants d'un traité international d'établir des règles ; au juriste de les analyser scientifiquement, de se livrer sur elles à un travail théorique de connaissance » (11).

Ainsi, sur le plan méthodologique, C. Eisenmann dessine un itinéraire, un cheminement, un séquençage, dont on saisit sans doute mieux la profonde cohérence quand on le présente de manière régressive :

– fondamentalement, un acte de qualification consiste à ranger un objet dans une catégorie : c'est là l'ultime étape ;
– à l'évidence, toute opération de qualification suppose donc, en amont, l'existence de catégories, entre lesquelles les objets étudiés seront

(9) C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, p. 31.
(10) *Ibid.*, p. 33.
(11) *Ibid.*, pp. 35-36.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

distribués, chaque catégorie étant définie comme une classe d'objets dont on estime qu'ils présentent des propriétés, des qualités, des attributs communs ;

– pour remonter enfin, dans ce chaînage régressif, jusqu'au fondement d'un travail de qualification, le point de départ en est donc la démarche entreprise par un « théoricien », pour reprendre le mot d'Eisenmann, qui identifie un ou des critères discriminants sur la base desquels il élabore des catégories d'objets ; ce ou ces critères forment ce qu'Eisenmann nomme « le principe de classification » (12).

Pour résumer, deux opérations doivent ainsi être nettement distinguées : le classement et la classification, étant précisé que le classement présente toujours un aspect quelque peu mécanique dès lors qu'il consiste à appliquer à un ou plusieurs objets donnés le principe de classification retenu, c'est-à-dire à réaliser la « confrontation [des objets concrets qu'on entend classer] avec les définitions des diverses classes » (13).

On ajoutera encore que, *a priori*, la liberté dont jouit le chercheur pour proposer une classification apparaît totale. On peut, en effet, tout à fait imaginer, pour ces objets, une pluralité de taxinomies : pour donner cet exemple-ci, les Unions d'États peuvent, par exemple, être classées suivant une approche matérielle – et on discriminera alors entre celles qui ont un objet économique, celles qui ont un objet militaire, celles qui sont mixtes, etc., et, à l'intérieur de ces catégories, celles qui, s'agissant des unions économiques, édifient seulement une union douanière, tandis que d'autres mettent en place un marché commun, et d'autres encore vont jusqu'à l'adoption d'une monnaie commune ; et, s'agissant cette fois des unions militaires, celles qui sont tournées vers l'extérieur et n'envisagent que la réunion des forces armées des différentes composantes dans l'hypothèse d'une menace d'invasion, et celles qui ont une portée intérieure en ce qu'elles ambitionnent la création d'une armée commune. Mais ces mêmes Unions d'États peuvent tout aussi bien être classées par application de critères formels, et il pourra s'agir alors, par exemple, de s'interroger sur la force de pénétration du droit édicté par l'Union dans l'ordonnancement juridique des États qui la composent, ou encore sur le degré de centralisation politique plus ou moins élevé de ces Unions en fonction de la structure institutionnelle dont elles sont dotées, etc.

Il reste cependant qu'à l'analyse, deux limites viennent encadrer la liberté du théoricien. En premier lieu, il existe à l'évidence une limite logique tenant à la cohérence interne de la classification qu'il propose : dès lors, en effet, que le travail d'élaboration des classes d'objets manque de rigueur, alors le risque existe que le classement d'un objet donné soit rendu malaisé, sinon impossible. On le comprend, cette première limite tient donc à la scientificité de la démarche : pour qu'une classification soit valide, d'un point de vue

(12) *Ibid.*, p. 36.

(13) C. Eisenmann, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *op. cit.*, p. 15.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

logique, il est indispensable qu'elle respecte certains principes, qu'on désignera en reprenant les termes que C. Eisenmann emploie pour les qualifier : « clarté des définitions », règle de « non-chevauchement des catégories » (c'est-à-dire ces catégories doivent être étanches de telle sorte qu'un objet ne puisse pas être rangé dans deux catégories), « unité de principe » (avec la précision que cette unité de principe doit jouer, dans l'hypothèse d'une classification comprenant plusieurs critères, pour chacun de ces critères, ce qui donnera lieu ainsi à une « division principale », assortie de « subdivisions », puis de « subdivisions de subdivisions, etc. » (14)).

La seconde limite, quant à elle, est d'ordre externe à la classification : elle ne tient pas, en effet, à la validité intrinsèque de la classification, mais à sa « valeur heuristique » (15), c'est-à-dire à son apport scientifique, c'est-à-dire, encore, au progrès de la connaissance qu'elle est susceptible de permettre. Pour emprunter cet exemple à Michel Troper (16), il est, par exemple, tout à fait loisible de classer les constitutions suivant qu'elles comportent un nombre pair ou impair d'articles : à l'évidence, une telle classification satisferait aux exigences logiques qu'on indiquait à l'instant ; en revanche, sa contribution au savoir devrait être jugée nulle. En vérité, ce que cet exemple par l'absurde permet de comprendre, c'est qu'un travail de classification est toujours opéré en fonction d'une question à laquelle un chercheur souhaite obtenir une réponse. Comme l'écrit C. Eisenmann, « une classification est en définitive une réponse à une question, à un problème (ou à quelques problèmes) que l'on se pose au sujet d'un groupe d'objets, d'où il suit que n'importe quelle classification n'est pas rationnellement possible du point de vue de n'importe quel problème » (17). Autrement dit, c'est bien en dernière instance ce problème qu'il s'agit de résoudre qui déterminera la valeur scientifique ou heuristique de la classification, ou plutôt c'est en fonction de la réponse que la classification permet d'apporter à la question qu'on se pose que la classification en cause pourra être jugée satisfaisante ou, à l'opposé, d'une valeur ajoutée maigre, voire nulle, pour la connaissance. Suivons une dernière fois C. Eisenmann : « le problème envisagé relativement à tel ou tel objet conditionne la valeur, la justesse d'une classification ; celle-ci ne peut pas être appréciée de façon absolue, comme "en l'air", sans référence à ce problème, à aucun problème défini ; elle ne peut l'être que par rapport au problème sur lequel on s'interroge, en fonction de l'éclairement qu'elle y apporte, de ce qu'elle apprend sur le problème » (18).

(14) *Ibid.*, p. 10.
(15) C. Eisenmann, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *op. cit.*, p. 12.
(16) F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, 33e éd., Paris, LGDJ, Lextenso, 2012, p. 121.
(17) C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, p. 38.
(18) *Ibid.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Sur la base de ces remarques méthodologiques générales, tentons de tirer quelques enseignements quant à la qualification de l'Union européenne.

Il est frappant de constater combien la doctrine communautariste-européaniste s'est parfois montrée flottante dans la manipulation des concepts qu'elle mobilisait pour qualifier l'Union européenne ; mais on s'empressera d'ajouter qu'elle n'a pas l'apanage de tels errements et que les tenants d'autres disciplines, du fait d'un manque de discernement méthodologique, aggravé, le cas échéant, par une méconnaissance de l'Union européenne, ont ponctuellement commis des écrits tout à fait indigents.

L'erreur de perspective principale qu'on signalera est celle consistant à inférer d'un travail de qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne un jugement de valeur relatif à l'objet étudié, c'est-à-dire à l'Union européenne elle-même. Nombre d'auteurs achèvent, en effet, leur propos en constatant, voire dénonçant, l'incomplétude, l'inachèvement, l'imperfection, sinon l'anomalie, l'anormalité, la pathologie de l'Union européenne, et en imaginant du coup diverses manières d'en permettre la correction. Libre à chacun d'exprimer telle ou telle préférence et d'espérer que l'Union européenne évolue, qui vers un État fédéral, qui vers une Union économique plus lâche, mais c'est là faire œuvre de législateur, de constituant ou de cocontractant d'un traité international, pas œuvre scientifique.

En vérité, ce type d'appréciation est le symptôme d'un complet renversement et, au fond, d'une incompréhension de ce en quoi une opération de qualification doit consister. L'erreur de ces auteurs est double : elle consiste d'abord à assigner *a priori* une essence à l'Union européenne, à laquelle celle-ci devrait du coup nécessairement se conformer, un peu comme un couturier découpe un vêtement en suivant les contours du patron qu'il a dessiné ; l'erreur résulte ensuite du fait que ces auteurs élaborent un tel patron sur la base de généralisations réalisées à partir de l'observation d'une série d'objets dont ils ont relevé les caractéristiques communes. Leur conclusion est alors – très mécaniquement – que l'Union européenne a tort d'être telle qu'elle est, puisqu'elle ne réalise pas le modèle qu'ils ont forgé, puisque ses contours ne se superposent pas parfaitement à ceux du patron. C'est évidemment absurde du point de vue logique et scientifique, autant que pouvait l'être l'affirmation selon laquelle l'ornithorynque était nécessairement soit le produit d'un canular, soit qu'il ne pouvait s'agir que d'un animal fabuleux, une licorne – cet impossible hybride du narval et de la jument – au motif qu'il transcendait la césure, jusqu'alors parfaitement vérifiée, entre mammifères et ovipares. Au fond, au lieu de proposer une qualification de l'objet qu'ils étudient, ces auteurs en arrivent paradoxalement au résultat inverse en affirmant que sa discordance avec leur modèle le *disqualifie*.

On s'en convainc aisément, il s'agit bien là d'une approche à l'envers, dès lors que ne saurait être assigné à l'Union européenne quelque devoir-être scientifique que ce soit ; dès lors, également, qu'il est aberrant de prétendre qu'un modèle théorique serait susceptible d'invalider un objet réel, alors

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

qu'à l'inverse, c'est bien l'existence de l'objet ou des objets réels qui informe sur la pertinence de telle ou telle théorisation. De même que la découverte de l'ornithorynque, une fois apportée la confirmation irréfutable de son existence, a impliqué, pour les zoologistes, une remise en cause de la manière dont ils ordonnaient jusqu'alors leur connaissance des phénomènes du vivant et les a amenés à rechercher un cadre conceptuel leur permettant de rendre compte de cet animal qui agence d'une façon toute singulière les fonctions et organes vitaux, de même toute tentative de qualification de l'Union européenne suppose un travail équivalent : il s'agit de décrire la combinatoire, dans l'Union européenne *vivante*, c'est-à-dire telle qu'elle se matérialise irréfutablement sous nos yeux, des divers éléments au moyen desquels elle existe comme phénomène de pouvoir. On le redit, c'est bien commettre une erreur de perspective que de la déclarer frappée d'éléphantiasis, de malformation, de difformité au motif qu'elle ne réalise pas tel ou tel standard ; il s'agit, au contraire, de s'interroger sur les éléments nouveaux de connaissance que l'application d'un concept ou d'un « principe de classification » permet d'apporter.

III. – Sur quels aspects la qualification de l'Union européenne peut-elle porter ?

Pour la reformuler, la question est ici la suivante : que qualifier ? C'est-à-dire quels sont les éléments qui doivent être pris en compte pour procéder à une qualification de l'Union européenne ? Quel est le périmètre de la qualification ?

La réponse à de telles questions dépend bien entendu du « principe de qualification » retenu, puisque c'est ce principe qui définira le champ de la recherche. Cependant, il est sans doute possible d'identifier *a priori* une série de couples d'oppositions qui permettent de baliser ou de donner une cartographie des angles d'approche susceptibles d'être retenus.

Une première opposition, qui fait figure de *summa divisio*, est celle qui distingue, d'une part, ce qu'on pourrait appeler la qualification externe de l'Union européenne, d'autre part, sa qualification interne. Cette distinction recoupe peu ou prou la séparation qui est opérée dans la théorie générale de l'État entre formes d'État (ou, plus généralement, formes politiques) et formes de gouvernement (19). Pour le dire un peu rapidement et, donc, en schématisant quelque peu, la question de la forme politique peut être dérivée de la classification des formes d'État : cette dernière est bien connue des juristes qui étudient traditionnellement l'organisation territoriale du pouvoir pour en déduire une typologie principalement articulée autour des catégories génériques de l'État centralisé et de l'État composé ou fédéral, ce en fonction des modalités selon lesquelles sont organisés les rapports entre

(19) Voy., sur cette distinction, les propos éclairants d'O. Beaud, in *Théorie de la Fédération*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 2007, pp. 345-349.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

le pouvoir central et les pouvoirs locaux. De manière élargie par rapport à cette première approche, la question des formes politiques se pose au regard du fait que l'État est à l'évidence une forme politique dotée d'une historicité (20), c'est-à-dire que, loin de pouvoir prétendre à quelque exclusivisme que ce soit, il ne constitue, dans l'histoire des hommes, qu'une des formes politiques que ceux-ci ont inventées. La question des formes politiques conduit ainsi à envisager les diverses manières dont, au long de l'histoire, ont été aménagées les collectivités humaines : outre l'État, donc, la tribu, la structure clanique, la Cité, la Féodalité, l'Empire, la Confédération, l'Union d'États, la Fédération, voire l'organisation internationale, etc., seraient ainsi autant de configurations distinctes d'organisation du pouvoir, autant de communautés politiques différentes.

Par démarcation, la question de la forme de gouvernement (ou de régime politique, comme le disent plus couramment les politistes) s'interroge sur une autre réalité, à savoir la manière dont, *à l'intérieur* d'une forme politique donnée, les instances détentrices du pouvoir l'exercent, ce qui suppose d'identifier à la fois le principe de légitimité qui les fonde, les modalités de dévolution et d'exercice du pouvoir et la structure organique de ces instances ou, encore, les procédés au moyen desquels leur puissance de commandement s'exprime. Suivant les disciplines concernées et les époques, l'étude des formes de gouvernement conduira à distinguer république, monarchie et despotisme, démocratie et dictature ou totalitarisme, régimes présidentiel, parlementaire et directorial, etc.

On comprend qu'ainsi présentées, ces deux niveaux de questions doivent être distingués : il s'agit de deux manières différentes d'appréhender le phénomène du pouvoir dans les collectivités humaines et, partant, se situer successivement à ces deux niveaux d'analyse permet de dire des choses différentes sur ce phénomène. On s'en convainc en constatant qu'il existe une importante autonomie – ou, pour le dire dans l'autre sens, qu'il n'y a pas une correspondance, une homologie systématique, intangible, mécanique – entre formes politiques et formes de gouvernement : pour prendre ce seul exemple – mais ce qui suit pourrait s'appliquer *mutatis mutandis* à la Cité, voire aux Unions d'États –, l'État s'accommode aussi bien de la république que de la monarchie, de la démocratie que de la dictature, du régime parlementaire que du régime présidentiel. En d'autres termes, on ne peut déduire du constat qu'on est en présence d'une forme politique donnée que cette forme politique connaîtrait nécessairement une forme de gouvernement donnée. Et réciproquement.

Pour autant, il serait excessif d'aller jusqu'à affirmer une totale indifférence de ces deux niveaux de questions l'un par rapport à l'autre. Non seulement parce que la forme politique retentit nécessairement sur les structures de gouvernement, mais encore parce que l'étude de ces structures gouvernementales est souvent utile pour identifier la forme politique en présence

(20) Voy. l'ouvrage classique de N. Elias, *La dynamique de l'Occident* (2e éd. 1969), coll. Agora, Paris, Calmann-Lévy, 1975, 320 p.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de laquelle on se trouve. Sur le premier point, il est ainsi manifeste que l'Union d'États ou la Confédération entendues comme formes politiques auront une incidence sur la configuration organique et fonctionnelle du gouvernement, lequel comportera une instance suprême assurant la représentation des composantes étatiques, cette instance étant l'organe suprême et les décisions qu'elle adopte l'étant à l'unanimité. Sur le second point, et par symétrie, le constat, par exemple, de l'existence, dans une structure de gouvernement ou de gouvernance donnée, d'un organe dont les membres sont élus au suffrage universel dans une circonscription unique et qui détient au surplus un pouvoir décisionnel constituera un indice fort du caractère intégré ou centralisé de la forme politique en question, ce que viendra confirmer ou infirmer l'examen notamment du texte fondateur, des mécanismes de répartition et d'exercice des compétences ou, encore, des domaines matériels de compétences, en plus, bien entendu, des relations de pouvoir que ledit organe entretient avec les autres composantes de la structure institutionnelle.

Une deuxième distinction importante est celle qui dissocie les approches statiques, figées, en termes d'état, d'un côté, et les approches dynamiques, en tendance, téléologiques, c'est-à-dire prêtant attention aux processus à l'œuvre même si de tels processus ne sont pas encore parvenus au stade de leur parfaite réalisation, de l'autre. On mesure les enjeux sous-jacents de cette césure si l'on considère que l'Union européenne se donne à voir comme « un *être en procès mais sans borne*, un *être capable mais informe*, un *être social et politique mais non souverain* » (21).

Parmi de multiples illustrations possibles, on prendra exemple dans les débats relatifs à la citoyenneté européenne telle qu'elle peut être mobilisée pour penser l'autorité ou la capacité représentative du Parlement européen. On le sait, le présupposé implicite sur lequel repose une telle capacité représentative renvoie à la question – très largement débattue en doctrine, notamment en relation avec le Traité établissant une Constitution pour l'Europe (22) – de l'existence d'un peuple européen, ou plus exactement des conditions de formation d'un référent démocratique véritablement européen, c'est-à-dire encore la question de savoir si un peuple est la condition politique nécessaire d'une démocratie. À défaut de la mention dans les traités de l'expression « peuple européen » et plus encore d'un peuple européen sociologiquement attesté, c'est donc sous l'angle de la citoyenneté européenne que, de manière privilégiée, cette question a été envisagée.

Relativement à cette discussion, deux thèses s'opposent (qu'on nous pardonnera de présenter succinctement, en en gommant peut-être les nuances), suivant que l'on s'en tient précisément aux données actuelles fournies

(21) L. Azoulai, « Discutant », *op. cit.*, p. 117 (souligné dans le texte).

(22) Comme le note L. Dubouis, le débat politique est largement sous-tendu par « l'équation peuple égale constitution ou peuple égale État », « La nature de l'Union européenne », in G. Cohen-Jonathan et J. Dutheil de La Rochère (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 92.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

par le droit de l'Union européenne ou que l'on s'efforce de « faire parler » les virtualités que ce droit recèle. Selon la première, il faudrait s'en tenir tant aux traités qu'à la pratique politique citoyenne : les critères d'attribution de la citoyenneté européenne de même que son exercice témoigneraient de la « prégnance nationale » (23) dès lors qu'elle demeure dépendante des droits de la nationalité des États membres, et que les élections européennes sont, pareillement, l'occasion d'un vote largement nationalisé. À cet égard, le Traité de Lisbonne n'aurait guère modifié les données du problème, l'article 9 TUE, en complément avec l'article 20, paragraphe 1er, TFUE continuant d'affirmer que « la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale mais ne la remplace pas » et qu'« est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre ». L'absence d'une procédure uniforme dans tous les États membres pour l'élection des eurodéputés achèverait de convaincre de la pertinence de cette thèse.

À l'opposé, la seconde thèse prend appui sur la nouvelle forme d'allégeance citoyenne que les traités organisent et qui serait susceptible de participer à la fondation d'une identité européenne. Sans qu'on dispose de l'espace suffisant pour la développer, cette thèse affirme que « l'appartenance commune [est susceptible de se réaliser] autour de principes juridiques et de droits partagés au sein d'une communauté politique » (24). Une telle approche, qui prend acte du « fait établi » selon lequel « la citoyenneté démocratique n'est pas nécessairement enracinée dans l'identité nationale d'un peuple » (25), permet ainsi de rendre compte du double phénomène propre à la construction européenne ayant amené, d'une part, à « l'octroi de droits nationaux à des non-nationaux », d'autre part « à la formation de droits extranationaux » (26). Ce jeu combiné d'une identité postnationale et d'une citoyenneté postétatique serait dès lors susceptible de faire apparaître un « patriotisme constitutionnel » (27), c'est-à-dire une culture politique non pas articulée autour de la « conscience d'un nous capable de cohésion émotionnelle » (28), mais produite, au fil des décennies, par la lente accumulation de principes et droits reconnus subjectivement à chacun des citoyens européens.

(23) L. Burgorgue-Larsen, « Discutant », in G. Cohen-Jonathan et J. Dutheil de La Rochère (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 192 et plus généralement pp. 189-194.

(24) M. Telò, « Démocratie internationale et démocratie supranationale en Europe », in M. Telò (dir.), *Démocratie et construction européenne*, coll. Études européennes, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1995, p. 47.

(25) J. Habermas, « Citoyenneté et identité nationale », in *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique (1996)*, coll. L'espace du politique, Paris, Fayard, 1998, p. 77.

(26) Pour Paul Magnette, il s'agit respectivement du pendant de l'« isopolitie » et de « sympolitie » des cités grecques de l'âge classique entrées en union, in *La citoyenneté européenne*, coll. Études européennes, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1999, p. 18.

(27) Le concept de « Verfassungspatriotismus », dû à Dolf Sternberger, a été repris par J. Habermas, voy. *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique (1998)*, coll. L'espace du politique, Paris, Fayard, 2000, spéc. pp. 41-124.

(28) Selon les termes que J. Habermas emprunte à E.-W. Böckenförde, in *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique (1996)*, *op. cit.*, p. 124.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Dans le prolongement de cette analyse, une approche dynamique conduit encore à souligner que faire état d'un *demos* européen fictionnel n'a rien d'une minoration si l'on considère le caractère *également* fictionnel de la notion de peuple dans l'État, comme Hans Kelsen a pu le montrer (29) : au fond, de la même manière que, dans un État, ce serait la fonction de désignation des représentants qui conférerait aux représentés leur unité. À l'inverse, une lecture statique oblitérerait le fait qu'aucun peuple, qu'aucune nation n'est un déjà-là, n'est une réalité atemporelle, mais est le produit d'un processus historique de formation.

On peut enfin faire valoir que, dans le contexte européen où le niveau de pouvoir central se construit par superposition au niveau de pouvoir constitué par les entités étatiques, la nation fédérative ne pourrait être de la même manière qu'une nation de superposition par rapport aux peuples des entités politiques qui se sont unies. Poser la question en termes d'existence ou non d'un *demos* unique déjà existant apparaîtrait dès lors comme une erreur de perspective, puisque le référent démocratique est au moins dual compte tenu de ce qui a été dénommé les « deux corps du peuple » (30). On devrait même admettre que le peuple fédératif serait condamné à n'être pour l'heure qu'une virtualité : par définition même, son actualisation *hic et nunc* signifierait que l'Union a définitivement franchi le seuil de l'étaticité. La dimension fictionnelle du *demos* européen tiendrait ainsi au fait qu'elle traduit un processus à l'œuvre, celui du cheminement de la construction européenne vers une forme plus intégrée, mais non le terme de ce processus qui serait synonyme de disparition des principes de légitimité concurrents du principe démocratique européen.

Une troisième distinction, qui n'est pas sans lien avec la précédente, différencie une approche juridico-formelle, d'un côté, d'une approche en termes de droit politique, de l'autre. Sans entrer trop avant dans une discussion théorique qui prend corps sur fond de *disputatio* épistémologique relative aux conditions auxquelles une authentique science du droit peut être édifiée, on voudrait seulement pointer quelques conséquences susceptibles de découler du choix de telle ou telle perspective pour qualifier l'Union européenne.

Une opposition assez nette dans les études portant sur l'Union européenne existe entre les tenants du positivisme juridique et ceux des chercheurs qui prêtent attention à certains phénomènes de recomposition d'ordre politique, lesquels, pour n'avoir pas encore reçu de concrétisation juridico-normative, n'en sont pas moins potentiellement extrêmement puissants. Ajoutons que les partisans de l'une ou l'autre de ces deux approches se rencontrent indifféremment dans plusieurs branches disciplinaires : certains communautaristes-européanistes partagent ainsi avec certains

(29) Voy. H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, coll. Classiques, Paris, Economica, 1988, pp. 25-28.

(30) T. Chopin, *L'héritage du fédéralisme ? États-Unis/Europe*, *op. cit.*, p. 55 avec la référence S. S. Wolin, « The people's two bodies », *Democracy*, vol. 1, n° 1, 1981.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

constitutionnalistes et internationalistes la conviction qu'une lecture de l'Union européenne en termes juridico-formels est seule pertinente, nonobstant le constat paradoxal que les uns et les autres parviennent parfois à des conclusions opposées ; et la symétrique est également vraie, s'agissant des approches en termes davantage politiques.

Pour rendre le propos concret, on peut évoquer les débats relatifs aux modalités d'articulation de l'ordre juridique de l'Union européenne avec celui des États membres. On sait en quels termes ce débat se pose, quand on l'envisage sous un angle juridico-formel : tout dépend en vérité du point de vue que l'on adopte. Si on se place d'abord du point de vue des traités européens tels que la Cour de justice les interprète, on serait fondé à soutenir que le droit de l'Union européenne est doté d'une pleine force de pénétration dans le droit interne, par le jeu du principe de primauté, dès lors que toute norme nationale qui viendrait faire obstacle doit être neutralisée. Si on se place, à l'inverse, du point de vue de certaines hautes juridictions nationales, constitutionnelles en particulier, il existe une réserve qu'on a pu qualifier de réserve de souveraineté en vertu de laquelle c'est le droit de l'Union européenne qui doit céder, dès lors qu'il porterait atteinte à certains principes ou valeurs consignés dans la constitution nationale. Outre les « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » dégagés par le Conseil constitutionnel, on pourrait évoquer ici les jurisprudences des hautes juridictions espagnole, allemande, polonaise, tchèque, etc. (31).

Bien qu'opposées dans leurs conclusions, et, donc, à la fois vraies pour elles-mêmes et fausses chacune au regard de l'autre, ces deux séries d'affirmations ont pour point commun de rechercher la vérité scientifique des rapports internormatifs entre ordre européen et ordres internes dans des données d'ordre exclusivement juridique.

Une approche différente consiste à considérer qu'au contraire, ces données juridiques sont insuffisantes pour rendre compte de la manière dont les rapports entre l'Union européenne et les États membres s'établissent. Ou plutôt que le droit– qu'il s'agisse des traités européens comme des constitutions nationales – ne reflète que de manière très sommaire ce qu'est la réalité des relations de pouvoir qui existent entre l'Union et l'État membre, et qu'il est donc vain de vouloir rechercher dans le droit positif des éléments de réponse à une question dont les enjeux sont fondamentalement politiques. Ce qui est dire que, sur le modèle de la *Théorie de la Fédération* d'Olivier Beaud, la plus extrême attention doit être prêtée aux dynamiques sociales sous-jacentes, dynamique centrifuge du point de vue des États, dynamique intégrative du point de vue de l'Union européenne, et qu'en vérité, la nature

(31) Voy. « L'État membre de l'Union européenne », in J. Andriantsimbazovina, Cl. Blumann, H. Gaudin et F. Picod (dir.), *Annuaire de droit européen 2004 (n° 2)*, Bruxelles, Bruylant, not. les contributions de X. Manon, pp. 119-147 et A. Levade, pp. 173-197, et V. Constantinesco, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales : convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, *op. cit.*, pp. 79-94.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

duale et contradictoire du *telos* qui anime la Fédération européenne ne se laisse pas appréhender en termes juridico-formels.

Longtemps a prévalu dans la doctrine, lorsqu'il s'est agi de proposer une qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne, l'attitude-réflexe consistant à recourir à la dénomination *sui generis*. Il s'agit là, à l'évidence, d'une fausse qualification positive, qui dit plus ce que l'objet n'est pas que ce qu'il est *positivement*. Il s'agit d'une qualification en trompe-l'œil, d'un faux-semblant. Et, en vérité, d'un faux-fuyant.

Comme on a essayé de le montrer en abordant la question sous l'angle méthodologique, se réapproprier la question de la qualification de l'Union européenne, en expérimentant sur le modèle de Claude Blumann différents schémas d'analyse, est pourtant susceptible de présenter pour notre discipline un immense intérêt. Celui de permettre de remonter de données morcelées sur l'Union européenne à l'unité. Celui de contribuer à en asseoir l'autonomie. Celui de tenter d'en saisir l'ipséité (32), c'est-à-dire l'invariance sous l'évolutionnisme. Celui, au total, d'en définir l'identité.

(32) Sur les catégories de « mêmeté » et d'« ipséité », voy. P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, coll. Points Essais, Paris, Seuil, 1996, 424 p.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

LA NÉGOCIATION D'ACCORDS PAR LE COMITÉ D'ENTREPRISE EUROPÉEN

Bernard TEYSSIÉ

Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II
Président honoraire de l'Université

Information et consultation. – Né d'une riche pratique professionnelle qui, dès la fin des années 1980, permit l'émergence d'instances européennes de représentation du personnel, imposé dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire par la directive 94/45/CE du 22 septembre 1994 à laquelle a aujourd'hui succédé la directive 2009/38/CE du 6 mai 2009, le comité d'entreprise européen a d'abord été conçu comme une instance d'information et de consultation sur les questions à caractère transnational intéressant au moins deux établissements de l'entreprise ou sociétés du groupe présents dans des États différents de l'Espace économique européen (puisque tel est le champ offert à l'une et l'autre des directives précédentes) dans lesquels l'entreprise ou le groupe est implanté (1). Instance d'information et de consultation, il n'a point vocation à être instance de négociation hormis dans un cas, expressément visé par les directives qui lui ont été consacrées : dès lors qu'a été constitué, faute d'accord (ce qui, en pratique, n'est guère fréquent), un comité d'entreprise européen « légal », soumis aux seules prescriptions de la directive du 6 mai 2009 (ou, naguère, du 22 septembre 1994) et des normes nationales adoptées pour en assurer la transposition, la voie est ouverte à l'addition d'un volet « négociation » à son champ naturel de compétence.

Négociation programmée. – Une fois écoulé un délai de quatre ans après sa constitution, tout comité d'entreprise européen « légal » est appelé à trancher une alternative : ou bien solliciter son renouvellement ou bien demander l'engagement de négociations en vue de conclure un accord emportant mise en place d'un comité conventionnel (ou d'une ou plusieurs procédures d'information et de consultation prenant appui, le cas échéant, sur les instances nationales de représentation du personnel déjà présentes dans les implantations de l'entreprise ou du groupe au sein de l'Espace économique

(1) La directive du 6 mai 2009 comme, naguère, celle du 22 septembre 1994, ouvre aux parties aux accords par elle visés la faculté d'organiser une procédure d'information et de consultation à caractère transnational susceptible de prendre appui sur les instances nationales de représentation du personnel déjà en place plutôt que de constituer un comité d'entreprise européen. Cette faculté n'est que très peu utilisée, l'organisation d'une procédure d'information et de consultation à caractère transnational se révélant, en pratique, plus complexe que la création d'une instance de représentation du personnel.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La négociation d'accords par le comité d'entreprise européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

européen (2). À supposer que les membres du comité tranchent en faveur de la seconde branche de l'alternative, la direction centrale de l'entreprise ou du groupe est libre de refuser l'ouverture des négociations, ce qui revient à continuer à donner application aux prescriptions subsidiaires et impose de procéder au renouvellement, pour une nouvelle période de quatre ans, du comité d'entreprise européen « légal » ; elle peut aussi, à l'inverse, consentir à leur ouverture. Les représentants du personnel membres du comité d'entreprise européen vont alors jouer le rôle normalement dévolu au groupe spécial de négociation (3), donc à l'instance appelée à participer, avec la direction centrale (ou son représentant dans l'Espace économique européen), au processus de négociation susceptible de conduire, en un temps où l'entreprise ou le groupe n'est encore doté d'aucune instance européenne de représentation du personnel, à la mise en place d'une telle instance par voie d'accord. Le mandat des membres du comité « légal » est de plein droit prorogé tant que se déroulent les négociations, lesquelles peuvent durer trois ans. Pendant cette période, le comité subsiste en tant qu'instance de représentation du personnel ; il est informé et consulté conformément aux règles qui, de droit commun, la gouvernent alors même qu'il joue aussi le rôle de groupe spécial de négociation. Hormis cet élément de singularité – spécifique au « négociateur salarial » –, la négociation engagée se déploie selon les règles ordinairement applicables à la négociation de tout accord tendant à la mise en place d'un comité d'entreprise européen conventionnel (4). Un constat d'échec imposerait le renouvellement du comité « légal » ; mais rien n'exclut que, quatre ans après, au terme du mandat de ses membres, ces derniers sollicitent à nouveau l'ouverture d'une négociation… qu'il appartiendra à la direction centrale de l'entreprise ou du groupe d'accepter ou de refuser.

Négociations spontanées. – Au-delà de la négociation précédente, révélatrice de l'esprit dans lequel furent conçues les dispositions relatives au comité d'entreprise européen (où le comité « légal » est perçu comme un pis-aller, tout devant être tenté pour qu'un jour le contrat triomphe), nul autre déploiement contractuel n'a été envisagé par les rédacteurs de la directive du 6 mai 2009 (pas plus qu'il ne l'avait été par ceux de la directive du 22 septembre 1994). La pratique a cependant offert à l'instance créée l'opportunité d'aller au-delà de l'expression d'avis pour devenir instance de prénégociation (5) ou, mieux encore, de négociation d'accords d'entreprise ou de groupe de dimension communautaire, vecteurs d'harmonisation (voire

(2) Directive 2009/38/CE du 6 mai 2009, ann. I, pt 1, f, al. 1er. *Adde*, en droit français : art. L. 2343-18 C. trav.

(3) Directive 2009/38/CE du 6 mai 2009, ann. I, pt 1, f, al. 2. *Adde*, en droit français : art. L. 2343-18 C. trav.

(4) Ou à l'organisation d'une procédure d'information et de consultation prenant appui, le cas échéant, sur les instances nationales de représentation du personnel déjà constituées.

(5) L'accord conclu le 11 septembre 2011 par le groupe Axa, sur le thème de l'anticipation du changement, avec, entre autres, l'organisation internationale UNI Finance, le fut sur la base de principes arrêtés au sein du comité d'entreprise européen (voy. *Liais. sociales Europe*, 2011, nos 287-298, p. 2).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La négociation d'accords par le comité d'entreprise européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

d'unification), sur les points traités, des règles applicables à l'ensemble des salariés de l'entreprise ou du groupe exerçant leur activité dans l'Espace économique européen. Si certains accords portant création ou adaptation de comités d'entreprise européens conventionnels excluent formellement qu'ils s'engagent dans cette voie (6), d'autres leur reconnaissent compétence pour participer à des négociations à la manière de celui conclu par le groupe Veolia Environnement aux termes duquel le comité créé a vocation à négocier « des accords de principe, chartes d'engagements ou résolutions communes » qui « pourront être déclinés par la négociation d'accords d'entreprise » (7), d'autres enfin, les plus nombreux, demeurent silencieux sur ce point… Laissant la porte ouverte à la conclusion d'accords qui n'ont pas manqué d'advenir. Mais de ces accords de dimension européenne quelle est la portée ? À quel *corpus* normatif obéissent-ils ? Comme, souvent, en matière sociale, la volonté de ceux qui, dans l'entreprise ou le groupe, forgent les normes et définissent les pratiques qui le gouvernent (I), l'emporte sur celle des pouvoirs publics sollicités d'adopter les textes qui assureraient la solidité des accords passés (II).

I. – Une pratique avérée

Un dialogue. – La négociation d'un accord valant pour l'ensemble d'une entreprise ou d'un groupe de dimension communautaire peut être engagée avec les organisations syndicales européennes, qu'elles aient vocation à couvrir tous les secteurs d'activité (à la manière de la Confédération européenne des syndicats) ou soient propres à un ou plusieurs d'entre eux, en pratique celui ou ceux correspondant à l'activité de l'entreprise ou du groupe. Mais il apparaît souvent pertinent de conduire une telle négociation – aussi ou de manière exclusive – avec une instance présente dans l'entreprise ou le groupe, qui en connaît l'organisation, les réalisations, les projets, et maîtrise les données économiques, financières, sociales qui pèsent sur son quotidien. Négocier avec le comité d'entreprise européen offre à la direction centrale de l'entreprise ou du groupe la certitude (ou quasi-certitude) de disposer d'un interlocuteur avec lequel pourra être conduit un dialogue en prise avec la réalité de l'entité dans laquelle l'accord conclu – si la négociation ouverte connaît un heureux dénouement – trouvera à s'appliquer. Le propos vaut à l'identique, qu'il s'agisse de traiter un dossier particulier, généralement lié à un projet de restructuration (A), ou d'arrêter des règles générales ayant l'ambition d'assurer l'harmonisation, voire l'unification, des normes en vigueur dans les diverses implantations européennes de l'entreprise ou du groupe (B).

(6) Ainsi en est-il de l'accord conclu le 5 décembre 2008 par le groupe Enel (voy. *Liais. sociales Europe*, 2009, n° 227, p. 2).

(7) Voy. *Liais. sociales Europe*, 2011, n° 284, p. 2.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La négociation d'accords par le comité d'entreprise européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

A. – Gestion d'une restructuration

Présent. – Un accord peut être conclu par la direction centrale d'une entreprise ou d'un groupe de dimension communautaire en vue d'encadrer ou d'accompagner une opération de restructuration déjà arrêtée. Ainsi, le groupe Ford a-t-il signé le 25 janvier 2000 avec, entre autres, l'instance européenne de représentation du personnel, un accord visant à préciser les modalités du transfert de plusieurs milliers de salariés dans une nouvelle structure juridique, créée par le groupe, la société Veston, et à garantir les droits de ces derniers (8). Afin d'assurer la force juridique de ce dispositif – même si le syndicat IG Metall l'avait présenté comme un véritable accord collectif européen doté, en soi, d'une force obligatoire –, les parties s'étaient néanmoins engagées à en reprendre les termes dans des accords conclus dans chacun des États où la société Veston était implantée. Conclus conformément au droit local en vigueur dans chacun de ces États, ces accords apportaient à leurs signataires une sécurité juridique que celui passé avec une instance européenne de représentation du personnel n'offrait pas.

Au-delà de la seule (mais importante) question d'un transfert de salariés, l'accord conclu avec le comité d'entreprise européen peut avoir pour objet d'assurer la gestion sociale d'une opération de restructuration dont, pour le moins, le principe est acquis. Ainsi, l'accord-cadre intervenu le 13 mars 2000 entre le groupe General Motors et l'instance européenne de représentation du personnel traitait des incidences de l'alliance, alors nouée entre Opel et Fiat, se traduisant par la création de deux sociétés communes regroupant les activités « achats » et « moteurs et transmission » (9). Le 5 mars 2001, la direction de General Motors poursuivait dans la même voie en concluant avec le comité d'entreprise européen un accord-cadre sur les restructurations affectant les implantations européennes du groupe (10). Participe de la politique précédente l'accord intervenu entre les mêmes interlocuteurs, le 8 décembre 2004, afin d'accompagner la restructuration d'Opel (11).

Futur. – L'accord négocié avec le comité d'entreprise européen peut avoir pour objet non de traiter d'une restructuration déjà décidée, mais de poser les principes appelés à gouverner de futures réorganisations de l'entreprise ou du groupe. Illustration en est offerte par celui conclu le 9 décembre 2013, à propos de la réorganisation de l'activité fret, par la direction du groupe Air France-KLM avec le comité d'entreprise européen présent dans cette vaste entité (12). Susceptible de participer d'un effort de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, un tel accord peut, au-delà de la conduite d'éventuelles restructurations, s'inscrire dans un processus d'harmonisation des normes en vigueur dans l'entreprise ou le groupe.

(8) Voy. *Liais. sociales Europe*, 2000, n° 8, p. 5.
(9) Voy. *Liais. sociales Europe*, 2000, n° 14, p. 1.
(10) *Liais. sociales Europe*, 2001, n° 30, p. 12. *Adde* : *Liais. sociales Europe*, 2002, n° 63, p. 8.
(11) Voy. *Liais. sociales Europe*, 2005, n° 118, p. 1.
(12) Voy. *Liais. sociales Europe*, 2014, n° 345, p. 4.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La négociation d'accords par le comité d'entreprise européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

B. – Recherche d'une harmonisation

Une quête d'identité. – Plus est large le champ d'implantation d'une entreprise ou d'un groupe (et, en général, par là même, plus est grand le nombre de ses établissements ou filiales), plus est vaste la palette des activités qui y sont conduites, plus se pose (ou peut se poser) la question de son identité. Donner à tous ceux qui œuvrent en son sein le sentiment d'appartenir à une entreprise ou un groupe à l'identité affirmée est essentiel : cette donnée psychologique contribue à assurer l'implication de chacun dans son travail, à accroître son attachement à l'entreprise ou au groupe dans lequel il prend place. Parmi les instruments susceptibles d'être utilisés afin de forger cette identité figure la construction de normes communes à l'ensemble des établissements ou filiales qui composent l'entreprise ou le groupe. Mais avancer sur ce terrain est difficile lorsque l'entité concernée est implantée dans plusieurs États dont le *corpus* normatif et le degré de développement économique et social sont fort différents. Progresser à coup d'accords conclus avec le comité d'entreprise européen constitue, pour les entreprises et les groupes de dimension communautaire, une voie prometteuse, que soient ainsi forgées des normes techniques ou des normes éthiques (13).

Des normes techniques. – L'accord conclu par la direction centrale de l'entreprise ou du groupe avec le comité d'entreprise européen en vue d'assurer, sur des points précis, l'harmonisation, voire l'unification, des normes gouvernant les relations de travail dans les établissements de l'entreprise ou les sociétés du groupe, quel que soit leur lieu d'implantation dans l'Espace économique européen, peut aborder de multiples thèmes : égalité des chances et non-discrimination (14) ; formation professionnelle (15) ; gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (16) ; intéressement des salariés aux résultats de l'entreprise ou du groupe (17)… Nulle question n'est *a priori* exclue de cet effort de structuration normative de nature à renforcer l'unité et, par là même, l'identité de l'entreprise ou du groupe. Encore ne faut-il pas oublier – mais le quotidien des entreprises et des groupes

(13) Les sociétés européennes, par le jeu d'accords conclus avec les comités qui y sont constitués, commencent également à s'engager dans cette voie (sur l'accord, relatif au stress au travail, signé par le comité de la société européenne Allianz, voy. *Liais. sociales Europe*, 2011, n° 280, p. 4. Sur l'accord relatif à la responsabilité sociale de l'entreprise négocié avec le comité de la société européenne Klöckner & Co. SE, voy. *Liais. sociales Europe*, 2011, n° 284, p. 8).

(14) Sur l'accord présenté sous la forme d'une déclaration conjointe de la direction centrale et du comité d'entreprise européen de la banque italienne UniCredit Group, relatif à l'égalité des chances et à la non-discrimination, signé le 14 mai 2009, voy. *Liais. sociales Europe*, 2009, n° 228, p. 12 et n° 232, p. 4.

(15) Sur l'accord, présenté sous la forme d'une déclaration conjointe de la direction centrale et du comité d'entreprise européen de la banque italienne UniCredit Group, relatif à « la formation, l'apprentissage et le développement professionnel », adopté au mois de décembre 2008, voy. *Liais. sociales Europe*, 2009, n° 217, p. 8.

(16) Voy. *Liais. sociales Europe*, 2011, n° 271, p. 4.

(17) Ainsi, le groupe EADS a-t-il conclu, le 15 juin 2011, un accord d'intéressement avec le comité d'entreprise européen et un « groupe européen de négociation » (voy. *Liais. sociales Europe*, 2011, n° 282, p. 4).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La négociation d'accords par le comité d'entreprise européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de dimension communautaire le rappelle régulièrement – que l'exercice est d'autant plus complexe que l'entité qui entend s'y livrer est présente dans des États de l'Espace économique européen aux traditions et législations fort éloignées et à la situation économique très différente… La difficulté est moindre lorsque l'effort d'harmonisation se déploie non dans l'ordre de dispositifs techniques lourds d'effets immédiats, mais dans l'ordre de l'éthique.

Des normes éthiques. – Les auteurs des chartes et codes de conduite élaborés par la direction centrale de l'entreprise ou du groupe en concertation avec le comité d'entreprise européen (le cas échéant, nourris d'« avis communs » nés de réflexions conjointes menées dans le cadre de réunions d'information et de consultation de l'instance européenne), manifestation de l'adhésion de l'entité concernée à un certain nombre de principes constitutifs de son identité, se bornent parfois à leur donner valeur morale : un chemin est tracé, des orientations sont définies, mais nulle sanction n'est fulminée à l'encontre de ceux qui s'en écarteraient. Qu'un rôle moteur ait été joué dans la rédaction de ce document par la direction centrale (ce qui est ordinairement le cas) ou par le comité d'entreprise européen (ce qui n'est pas exclu, ainsi que le démontre l'élaboration, au début des années 2000, par l'instance européenne du groupe Lafarge, d'une charte consacrée au thème de la sécurité (18)) importe peu. Tant qu'elle est conçue comme purement incitative (même placée, à la manière de la « charte engageant la direction et le comité d'entreprise européen du groupe Solvay en matière de développement durable et de responsabilité sociétale d'entreprise », adoptée le 25 novembre 2008, sous la signature du secrétaire du comité et du représentant de la direction centrale (19)), la norme posée n'est pas en quête d'un régime juridique précis, en assurant la force obligatoire. Mais une fois éprouvées les limites inhérentes à l'incitation, la tentation du contrat (et des effets contraignants qui s'y attachent) se manifestera. Ainsi vinrent l'accord conclu le 7 juin 2001 par Bouygues avec son instance européenne de représentation du personnel, portant adoption d'une charte sociale propre à ce groupe (20), ou encore ceux que signèrent le comité d'entreprise européen de General Motors Europe en 2002 (21) et celui d'EADS en 2005 (22) sur le thème de la responsabilité sociale du groupe. Au débat relatif à l'autorité de l'accord conclu, les parties, donc la direction centrale de l'entreprise ou du groupe et le comité d'entreprise européen, sont alors renvoyées.

(18) « Le comité d'entreprise européen, outil de dialogue social ? Étude de cas chez Lafarge », *Dialogue social et progrès social dans l'entreprise*, Entretiens Louis le Grand, 26 et 27 octobre 2006.

(19) Voy. *Liais. sociales Europe*, 2008, n° 214, p. 8.

(20) Voy. *Liais. sociales Europe*, 2001, n° 33, p. 12 ; *Liais. sociales Europe*, n° 36, p. 12.

(21) Voy. *Liais. sociales Europe*, 2002, n° 67, p. 3. Sur la responsabilité sociale des entreprises, voy. *Liais. sociales Europe*, 2004, n° 102, pp. 2 et s.

(22) Voy. *Liais. sociales Europe*, 2005, n° 132, p. 8.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La négociation d'accords par le comité d'entreprise européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. – Un régime incertain

Des interrogations. – Parce que l'article 155 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, né de l'accord sur la politique sociale joint, en 1992, au Traité sur l'Union européenne, fut exclusivement conçu pour servir de vecteur à des accords collectifs à caractère interprofessionnel ou intéressant au moins une branche d'activité, demeure entière la question des règles à appliquer à la négociation d'accords collectifs d'entreprise ou de groupe de dimension européenne et de la portée à leur reconnaître. Posée aujourd'hui (A), il est loin d'être avéré qu'elle trouve rapidement réponse dans la « législation européenne » (B).

A. – Aujourd'hui

Une transposition nationale. – Pour l'heure, apprécier la portée juridique des accords conclus avec une instance européenne de représentation du personnel suppose d'abord de déterminer, par référence aux principes applicables en matière contractuelle, de quelle loi ils relèvent. Ce point tranché, il convient de rechercher quelle analyse elle en retient. Si la loi applicable est la loi française, l'accord conclu avec le seul comité d'entreprise européen oscillera entre droit commun des obligations (à base de force obligatoire, mais aussi d'effet relatif) et engagement unilatéral de l'employeur.

Pour assurer l'autorité du dispositif arrêté, les termes peuvent en être repris, pays par pays, dans des actes à caractère national, correspondant chaque fois à une catégorie juridique précisément identifiée, source d'effets obligatoires pour l'ensemble des parties, voire au-delà. Cette voie fut retenue, dans le cadre européen, pour assurer la mise en œuvre d'accords conclus avec des instances de représentation du personnel à caractère transnational. Tel fut le cas avec l'accord Ford du 25 janvier 2000 qui, signé avec le comité d'entreprise européen, avait pour objet de préciser les modalités du transfert de salariés dans la société Veston (23). Cette voie fut également empruntée pour la mise en œuvre des accords conclus par General Motors avec l'instance européenne de représentation du personnel le 13 mars 2000 (consacrés aux incidences sociales attachées à la création de deux sociétés communes regroupant les activités « achats » et « moteurs et transmissions », fruit de l'alliance alors nouée entre Opel et Fiat (24)), le 5 mars 2001 (relatif aux restructurations affectant les implantations européennes du groupe (25)) et le 8 décembre 2004 (afin d'accompagner la restructuration d'Opel (26)). Il est demandé aux partenaires sociaux, dans le cadre national, de rendre les dispositions de l'accord contraignantes tant à leur égard qu'à l'égard des salariés concernés.

(23) Voy. *Liais. sociales Europe*, 2000, n° 8, p. 5.
(24) Voy. *Liais. sociales Europe*, 2000, n° 14, p. 1.
(25) Voy. *Liais. sociales Europe*, 2001, n° 30, p. 12. *Adde* : *Liais. sociales Europe*, 2002, n° 63, p. 8.
(26) Voy. Liais. sociales Europe, 2005, n° 118, p. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La négociation d'accords par le comité d'entreprise européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

B. – Demain

Législation européenne. – Il n'est pas illégitime que d'aucuns envisagent de compléter le dispositif, né de l'article 155 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, vecteur d'accords à caractère interprofessionnel ou sectoriel (27), en offrant droit de cité à des accords d'entreprise ou de groupe de dimension communautaire valant pour l'ensemble de leurs établissements ou filiales présents au sein de l'Espace économique européen. Parmi les multiples obstacles auxquels se heurte un tel projet, l'un tient à l'identification des personnes aptes à conclure pareils accords. Si, côté patronal, la direction centrale de l'entreprise ou du groupe a une vocation naturelle à les négocier, la détermination de l'interlocuteur salarial est plus délicate. Reconnaître cette qualité au comité d'entreprise européen est, pour l'heure, la solution à la fois la plus logique (puisqu'il réunit des représentants des salariés travaillant dans l'ensemble des États de l'Espace économique européen où l'entreprise ou le groupe est implanté) et la plus simple, puisqu'il est doté de la personnalité juridique, donc apte à contracter. La mise en œuvre de ce schéma suppose toutefois non seulement de reconnaître expressément au comité d'entreprise européen qualité et pouvoir pour conclure des accords collectifs d'entreprise ou de groupe de niveau communautaire, mais aussi de définir le régime de ce type d'accord.

Offrir un cadre, fût-il optionnel, aux accords conclus avec le comité d'entreprise européen, assurant son autorité, fixant son régime, sans contraindre les parties à solliciter le relais d'accords nationaux, serait pertinent (28). La pression née de la multiplication des accords négociés avec l'instance européenne de représentation du personnel peut conduire à balayer les réticences de certains, y compris d'organisations syndicales tentées par l'exclusivité de la négociation collective. La pratique professionnelle peut finir par triompher des réserves des uns et des oppositions des autres.

Accord européen. – La difficulté à progresser dans la voie d'une législation européenne fixant le cadre dans lequel pourraient se déployer les accords conclus dans le périmètre des entreprises et des groupes de dimension communautaire peut suggérer d'emprunter une autre voie, celle de la négociation d'un accord collectif de même dimension à caractère interprofessionnel. Rien n'interdit aux partenaires sociaux européens, à commencer par

(27) Art. 155, § 1er, TFUE : « Le dialogue entre partenaires sociaux au niveau de l'Union peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords. »

(28) Sur l'idée de cadre optionnel permettant aux entreprises ou aux groupes de conduire une négociation collective transnationale pouvant déboucher sur une convention ou un accord collectif de même nom, voy. *Liais. sociales Europe*, 2005, no 122, p. 3. Sur la reprise de cette idée dans un rapport présenté le 27 mars 2013 par un parlementaire européen, voy. *Liais. sociales Europe*, 2013, no 329, p. 6. *Adde*, à propos de sa présence dans une résolution adoptée par le Parlement européen le 12 septembre 2013 : *Liais. sociales Europe*, 2013, no 337, p. 1. Sur la proposition de la Confédération européenne des syndicats d'introduire un « cadre juridique optionnel pour les négociations transnationales avec les entreprises multinationales », voy. *Liais. sociales Europe*, 2014, no 353, p. 5.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La négociation d'accords par le comité d'entreprise européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

BusinessEurope et la Confédération européenne des syndicats, de s'emparer de ce thème. Pourrait être forgé un accord-cadre susceptible d'être ultérieurement métamorphosé en un acte législatif. Rien, cependant, ne garantit qu'il reconnaîtrait aux comités d'entreprise européens qualité pour négocier des accords collectifs d'entreprise ou de groupe. Rien, en effet, ne garantit que les organisations salariales appelées à forger cet accord-cadre résisteraient à la tentation de réserver la négociation de ces accords collectifs aux seules confédérations ou fédérations syndicales de dimension européenne. Les jeux de pouvoir quittent rarement le devant de la scène. S'ils devaient l'emporter au point d'exclure de la négociation les instances européennes de représentation du personnel, ils desserviraient gravement le dialogue social auquel chacun s'affirme pourtant attaché…

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La négociation d'accords par le comité d'entreprise européen
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

LE DROIT INTERNATIONAL, UN ORDRE JURIDIQUE PROPRE INTÉGRÉ AU SYSTÈME JURIDIQUE DE L'UNION

Abdelkhaleq BERRAMDANE

Professeur à l'Université François-Rabelais de Tours
Directeur du GERCIE (EA 2110)

Ne peut-on dire, paraphrasant la célèbre formule de l'arrêt *Costa c. ENEL*, que le droit international est un ordre juridique propre, intégré au système juridique de l'Union ? Ne serait-ce pas inverser la logique des choses ? Ne serait-ce pas le droit de l'Union qui ferait partie intégrante du droit international public, en tant que branche spécifique de ce droit se déployant en de multiples ramifications en raison de sa continuelle « fragmentation » ? Le débat renaît. Pourtant, l'autonomie du droit de l'Union semblait admise et le débat doctrinal, auquel a largement pris part le professeur Claude Blumann, apaisé. Mais voilà, l'affaire *Kadi* a réanimé la querelle. Et l'on se rappelle les écrits du juge Pierre Pescatore démontrant de façon lumineuse la spécificité et par là même l'autonomie du droit de l'Union, un « droit de l'intégration internationale » qui se différencie du droit international, un droit de la coopération (1). Et la réponse non moins éclairante, dans un cours de « mauvaise humeur », du professeur Alain Pellet démontrant avec une grande conviction que « la construction communautaire est, non pas d'abord mais bien exclusivement, une construction juridique internationale » (2). Il est vrai que le professeur A. Pellet a reconsidéré récemment son jugement, estimant que « nos deux ordres juridiques sont, sans aucun doute, distincts, autonomes, séparés » et que l'Union est « un ordre juridique quasi fédéral » (3). Pour autant, l'approche internationaliste du droit de l'Union continue de prospérer, aujourd'hui encore (4).

Nul besoin d'entrer dans un débat théologique sans fin quant à la nature juridique de l'Union et de son droit. Autant partir du fait que le droit de

(1) Voy., plus particulièrement, P. Pescatore, « L'apport du droit communautaire au droit international public », in P. Pescatore, *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 315 et s.

(2) A. Pellet, « Les fondements juridiques du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, European University Institute, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, Dordrecht, Kluwer, vol. V, Book 2, p. 219.

(3) A. Pellet, « Préface », in L. Burgorgue-Larsen *et al.* (dir.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, pp. 7, 10.

(4) Voy. not. C. Leben, « À propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, vol. 14, pp. 61-72 ; J.-M. Thouvenin, « Ordre juridique de l'Union européenne et droit international : ignorance, soumission, révolte ? », in M. Benlolo-Carabot *et al.* (dir.), *Union européenne et droit international. En l'honneur de P. Dailler*, Paris, Pedone, 2012, p. 854 et spéc. pp. 855-857.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'Union est enraciné dans le droit international, mais qu'au fil du temps, tel un bateau larguant ses amarres internationales, il s'en est allé naviguant vers d'autres cieux et d'autres lieux, traçant dans son sillage de nouvelles règles, sans pour autant rompre totalement avec son port d'attache. Progressivement le droit communautaire, sous l'impulsion de la Cour de justice, s'est affranchi du droit international et d'abord par son *autonomisation.* En effet, rapidement, la Cour a rompu avec sa formule ambivalente, originaire, « la Communauté constitue un *nouvel ordre juridique de droit international* » (5), pour affirmer « qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un *ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres* » (6). Puis, avec la consécration des deux piliers du droit communautaire, l'applicabilité et la primauté, et la diffusion considérable des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union, la Cour a jugé qu'on est bien en présence d'une « charte constitutionnelle » (7). En d'autres termes, « le traité a créé un ordre juridique interne de dimension transnationale, dont il forme la "charte constitutionnelle de base" » (8). La mutation ou transmutation semble réussie, sans rupture avec le cordon ombilical international. Bien au contraire, l'alimentation, l'enrichissement, les apports mutuels de l'un à l'autre sont continuels, que ce soit au niveau institutionnel ou normatif (9).

En contrepoint de ce mouvement d'autonomisation et de constitutionnalisation du droit de l'Union largement admis, y compris par les juridictions constitutionnelles et internationales (10), s'est dessiné progressivement, toujours sous la houlette de la Cour, un mouvement de « domestication » du droit international par le droit de l'Union. La Cour a, en effet, « soumis ce droit à la logique ainsi qu'aux valeurs inhérentes du droit communautaires » (11). L'autonomie externe par rapport au droit international est ainsi renforcée par une autonomie interne dans l'intégration de ce même

(5) C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. C-46/62, *Rec.*, p. 1, italiques en plus.

(6) C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. C-6/64, *Rec.*, p. 1141, italiques en plus.

(7) C.J.C.E., 23 avril 1986, *Les Verts*, aff. C-294/83, *Rec.*, p. 1339. Sa philosophie se trouve synthétisée dans son avis 1/91, *EEE*, 14 décembre 1991, dans lequel on peut lire : « le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la *charte constitutionnelle d'une communauté de droit* », *Rec.*, p. I-6079, pt 21.

(8) Concl. de M. Poiares Maduro sur l'aff., C.J.C.E., gde ch., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barkat* (*Kadi 1*), C-402/05 P et 415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, pt 21.

(9) Voy. not. P. Pescatore, « L'apport du droit communautaire au droit international public », *op. cit.* ; Y. Daudet, « Le droit international tire-t-il profit du droit communautaire ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 97 ; J.-S. Bergé et M. Forteau, « Contribution de l'Union européenne au développement du droit international général. Combinaison et hiérarchisation du droit national européen », *JDI*, 3/2010, p. 891.

(10) Cons. const., 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, nº 2004-505 DC, cons. 11 ; C.C. allemande, *Traité de Lisbonne*, 30 juin 2009, BVerfG, 2 BvE 2/08, pt 340 ; Cour eur. D.H., 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, § 49 ; CPA, 24 mai 2005, *Belgique c. Pays-Bas (aff. du Rhin de fer)*, pts 103 et s.

(11) J. Malenovsky, « La contribution ambivalente de la Cour de justice de l'Union européenne à la saga centenaire de la domestication du droit international public », in V. Kronenberger *et al.* (dir.), *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de P. Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 25 et spéc. p. 59.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

droit dans la sphère juridique de l'Union. Le droit international est certes intégré, mais soumis aux contraintes juridiques et finalistes de l'ordre juridique de l'Union. Il est adapté, assujetti, soumis, aux exigences et contraintes inhérentes à un tel système, en somme européanisé (12). Et cette intégration européanisée est subordonnée aux finalités de la construction européenne.

I. – L'intégration européanisée du droit international public

Quel est le statut du droit international dans l'ordre juridique de l'Union ? Dans ce monde mondialisé, de « pluralisme juridique ordonné » (M. Delmas-Marty), chaque ordre juridique détermine les conditions de réception et d'application de règles exogènes. Le droit de l'Union n'échappe pas à cette règle. « Le rapport entre droit international et ordre juridique communautaire est régi par cet ordre lui-même, et le droit international ne peut interagir avec cet ordre juridique qu'aux seules conditions fixées par les principes constitutionnels de la Communauté » (13). Le droit de l'Union entretient en fait avec le droit international une attitude ambivalente : soumission affichée au droit international, mais en même temps soumission du droit international au droit européen. Cette dialectique est perceptible dans l'autonomie de réception, mais aussi d'interprétation et de validation du droit international.

A. – L'autonomie de réception

Le droit international est incorporé dans le droit de l'Union selon les propres règles de celui-ci et cette incorporation est bien sélective, car tout le droit international n'est pas reçu en droit de l'Union.

1. – L'incorporation du droit international

Sans avoir à s'interroger sur le fondement binaire de cette inclusion, monisme ou dualisme, qui ne semble plus vraiment correspondre à la réalité de la pratique d'aujourd'hui, il suffit de constater que le droit de l'Union entretient une relation hermaphrodite avec le droit international, mêlant, en fonction de la source de la norme internationale, monisme et dualisme. L'Union est liée directement par le droit international. Héritière des compétences exercées autrefois par les États membres, sujet de droit international (art. 47 TUE), elle ne peut s'affranchir du droit international. Elle se donne expressément pour objectif de contribuer « au strict respect et au développement du droit international » (art. 3, § 5, 2e phrase, TUE) et de promouvoir dans le reste du monde « le respect des principes de la

(12) Voy. J. Wouters, A. Nollkaemper et E. de Wet (eds), *The Europeanization of International Law : The Status of International Law in the European Union and its Member States*, The Hague, Netherlands, TMC Asser Press, 2008.

(13) Concl. de M. Poiares Maduro sur l'aff. *Kadi et Al Barkat*, préc., pt 24.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

charte des Nations unies et du droit international » (art. 21, § 1er, al. 1er, TUE). Aussi l'Union doit-elle exercer ses compétences dans le respect du droit international (14). Par conséquent, « lorsqu'elle adopte un acte, elle est tenue de respecter le droit international dans son ensemble, y compris le droit international coutumier qui lie les institutions de l'Union » (*Air Transport Association of America*) (15). Car, en effet, conformément à l'article 216, paragraphe 2, TFUE, les accords internationaux, dès leur entrée en vigueur, « forment partie intégrante [...] de l'ordre juridique communautaire » (jurisprudence *Haegeman* et *Demirel*) (16) et les règles du droit coutumier international, elles aussi, « font partie de l'ordre juridique communautaire » (jurisprudence *Racke*) (17).

Pour autant, le mécanisme de *réception* du droit international ne semble pas exclu. S'agissant, en premier lieu, des accords internationaux, on peut relever que les conventions internationales et les actes des organes de coopération institués par ces conventions (jurisprudence *Sevince*, C-192/89) n'ont pas de valeur *per se.* Ils n'intègrent l'ordre juridique de l'Union que par l'intermédiaire d'un acte de l'exécutif. Ensuite, lesdites conventions peuvent être soumises à un contrôle préventif, *a priori*, de compatibilité avec le droit primaire, contrôle largement étendu dans son champ d'application *ratione materiae* et *ratione temporis*, empêchant leur entrée dans l'ordre juridique de l'Union (art. 218, § 11, TFUE). Et comme ce n'était pas suffisant, la Cour a introduit un contrôle curatif, *a posteriori* de compatibilité pouvant emprunter les différentes voies de droit existantes et aboutir notamment à l'annulation indirecte de l'accord en question (18). Également, aux termes de l'article 351 TFUE, les accords conclus par les États membres avec les tiers antérieurement au 1er janvier 1958 ou pour les États adhérents antérieurement à la date de leur adhésion, « ne sont [certes] pas affectés par les dispositions des traités ». Cependant, seule pèse sur l'Union européenne une obligation « de *ne pas entraver* » l'exécution des engagements des États membres découlant de conventions antérieures « sans pour autant, *lier la Communauté* à l'égard de l'État tiers intéressé » (19). Et l'État membre qui a conclu des accords avec des tiers, avant le 1er janvier 1958 ou avant son adhésion, est tenu d'éliminer même les incompatibilités futures et éventuelles afin de ne pas paralyser l'exercice par l'Union européenne de ses

(14) C.J.C.E., 24 novembre 1992, *Poulsen et Diva Navigation*, aff. C-286/90, *Rec.*, p. I-6019, pt 9 ; C.J.C.E., 16 juin 1998, *Racke*, aff. C-162/96, *Rec.*, p. I-3655, pt 45 ; C.J.C.E., gde ch., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*, préc., pt 291.

(15) C.J.U.E., gde ch., aff. C-366/10, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America e.a.*, 21 décembre 2011, *Rec.*, p. I-13755, pt 101.

(16) C.J.C.E., 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. C-181/73, *Rec.*, p. 449, pt 5 ; C.J.C.E., 30 septembre 1987, *Demirel*, aff. C-12/86, *Rec.*, p. 3719, pt 7.

(17) C.J.C.E., 16 juin 1998, *Racke*, aff. C-162/96, cité, pt 46. Voy. not. A. Berramdane, « L'application de la coutume internationale dans l'ordre juridique communautaire », *Cah. dr. eur.*, 2000, nos 1-2, p. 253.

(18) Voy. not. C.J.C.E., 10 mars 1998, *Allemagne c. Conseil*, aff. C-122-95, *Rec.*, p. I-973 ; C.J.C.E., 11 septembre 2003, *Commission c. Conseil*, aff. C-211/01, *Rec.*, p. 8913.

(19) C.J.C.E., 14 octobre 1980, *Attorney General c. Juan C. Burgoa*, aff. C-812/79, pt 9, *Rec.*, p. I-2787.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

compétences externes partagées futures (20). Enfin, si la jurisprudence a admis la succession de l'Union aux organisations internationales auxquelles l'ensemble des États membres a adhéré, c'est toujours la Cour qui décide de l'incorporation, selon les conditions qu'elle-même a posées dans sa jurisprudence *International Fruit Company* (21) et qui sont devenues plus restrictives : la jurisprudence *Air Transport Association of America* exige, en effet, maintenant que, « pour pouvoir lier l'Union, encore faut-il que cette dernière ait *assumé* et que lui ait ainsi été *transférée l'intégralité* des compétences précédemment exercées par les États membres et relevant de la convention en cause » créant ladite organisation.

S'agissant, en second lieu, des règles coutumières, le dualisme semble là aussi l'emporter, car, en pratique, la Cour n'applique une norme invoquée par le requérant qu'après avoir généralement vérifié son existence, dans des textes codifiant ladite règle (conventions de Vienne sur les traités (22), conventions sur le droit de la mer) ou bien dans la jurisprudence internationale (celle de la CPJI et de la CIJ) (23).

En définitive, selon la formule de la Cour, le droit international et le droit de l'Union « relèvent d'ordres juridiques distincts », leurs actes sont adoptés par des « organes qui disposent de pouvoirs autonomes » (24). Le droit de l'Union « doit tenir dûment compte des termes et des objectifs » du droit international. Cependant, le droit international « ne saurait porter atteinte [...] à l'autonomie du système juridique communautaire » (*Kadi 1*, cité, pts 296 et 282).

2. – La sélection des normes internationales

Toute norme internationale risquant de fragiliser, d'affaiblir ou de remettre en cause la construction juridique de l'Union est écartée dans les relations entre États membres. La Cour *filtre*, fait un tri entre l'ivraie et le bon grain. À cet égard, elle n'a cessé de réitérer que « l'exécution des obligations que les traités ou le droit dérivé imposent aux États membres ne saurait être

(20) C.J.C.E., gde ch., 3 mars 2009, *Commission c. Autriche*, aff. C-205/06, *Rec.*, p. I-1301 et C.J.C.E., gde ch., 3 mars 2009, *Commission c. Suède*, aff. C-249/06, *Rec.*, p. I-1335.

(21) C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, aff. jtes C-21 à 24-72, *Rec.*, p. 1219, pts 10-18.

(22) Voy. not. les règles relatives à l'interprétation des traités, la règle de ne pas priver un traité de son objet et de son but (TPI, 22 janvier 1997, *Opel Austria*, aff. T-115/94, *Rec.*, p. II-39), clause de *rebus sic stantibus, pacta sunt servanda* (aff. *Racke*, préc.), l'effet relatif des traités (C.J.C.E., 25 février 2010, *Firma Brita GmbH*, aff. C-386/08).

(23) Cour internationale de justice du 27 juin 1986, aff. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt de la Cour permanente de justice internationale du 7 septembre 1927, aff. du « Lotus » (principes de souveraineté complète et exclusive sur son propre espace aérien, principe de liberté de survol de la haute mer, principe selon lequel aucun État ne peut légitimement prétendre soumettre une partie quelconque de la haute mer à sa souveraineté). Il arrive exceptionnellement que la Cour de justice de l'Union européenne vérifie elle-même l'existence d'une règle coutumière (C.J.C.E., 18 novembre 2003, *Budejovicky Budvar* [continuité des traités], aff. C-216/01, *Rec.*, p. I-13617).

(24) C.J.U.E., gde ch., 16 novembre 2011, *Bank Melli*, aff. C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, pts 100 et 102.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

soumise à une condition de réciprocité » (25). Le principe de réciprocité dans l'exécution des engagements internationaux écarté, la Cour a également écarté l'emploi de contre-mesures dans les relations entre États membres : l'« ordre juridique nouveau » qui a prévu des mécanismes de sanction de toute violation éventuelle du droit de l'Union « comporte interdiction pour les États membres de se faire justice eux-mêmes » (26). En outre, elle a jugé que « la caducité des dispositions [des traités de l'Union] ne se présume pas » et qu'un dessaisissement des compétences de l'Union et leur retour aux États membres ne « [peut] intervenir qu'en vertu d'une disposition expresse [des traités] » (27). Enfin, elle a rejeté l'idée de la formation d'une coutume *contra legem* (28). Filtré, le droit international doit se couler dans le moule juridique européen.

B. – L'autonomie d'interprétation et de validation

Sans nul doute, le droit de l'Union « doit être interprété et son champ d'application circonscrit, à la lumière des règles pertinentes du droit international » (*Poulsen et Diva navigation*, pt 9 ; *Kadi 1*, pt 291). L'interprétation et l'application du droit de l'Union sont *présumées* respecter le droit international. Pèse sur l'Union « une obligation de *tenir dûment compte des termes et des objectifs* » du droit international (*Kadi 1*, pt 296, *Bank Melki*, pt 106). C'est une obligation de moyen. Mais cette obligation de tenir dûment compte du droit international, que ce soit en matière d'interprétation ou de validation, se fait dans le respect des règles de l'ordre juridique de l'Union.

1. – L'autonomie d'interprétation

S'il est vrai que le droit international une fois intégré, selon sa source, directement ou par décision de l'Union, fait partie intégrante du droit de l'Union, son *traitement* est différent par rapport au reste du droit de l'Union.

S'agissant du droit conventionnel, la Cour n'hésite certes pas à recourir aux moyens d'interprétation codifiés par les conventions de Vienne sur le droit des traités. Cependant, en définitive – à l'instar des juridictions nationales –, ce sont ses propres règles spécifiques d'interprétation inhérentes à la structure et à la finalité de la construction européenne qui l'emportent. Il en va ainsi de la notion d'effet direct. Celle-ci est, en effet, appréciée différemment selon qu'il s'agit du droit de l'Union ou des accords internationaux. Dans le premier cas, selon la Cour, on se trouve dans une logique

(25) Voy. not. C.J.C.E., 29 mars 2001, *Portugal c. Commission*, aff. C-163/99, *Rec.*, p. I-2613, pt 22, C.J.C.E., 16 mai 2002, *Commission c. Italie*, aff. C-142/01, *Rec.*, p. I-4541, pt 7.

(26) C.J.C.E., 13 novembre 1964, *Commission c. Luxembourg et Belgique*, aff. jtes C-90-91/63, *Rec.*, p. 1217.

(27) C.J.C.E., 14 décembre 1971, *Commission c. France*, aff. C-7/71, *Rec.*, p. 1003, pts 18, 20.

(28) C.J.C.E., 1er novembre 1996, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-84/94, *Rec.*, p. I-5755, pt 19.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'intégration alors que dans le second on est en présence d'une logique de coopération internationale. Aussi, le droit de l'Union est-il présumé d'effet direct, et cette présomption est confirmée lorsque la disposition en cause est claire, précise et inconditionnelle. Rien de tel pour les accords conclus par l'Union. Il résulte de la jurisprudence de la Cour qu'un accord international n'est directement applicable que si trois conditions sont remplies : 1° l'Union doit être liée par l'accord ; 2° l'accord ne doit pas en vertu de sa nature, de son économie, de ses termes, exclure son applicabilité directe (intention des parties) ; 3° la disposition invoquée doit ensuite répondre aux critères techniques de l'applicabilité directe, c'est-à-dire comporter une obligation claire, précise, qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur (29). L'effet direct de l'accord *in toto* conclu par l'Union conditionne sa justiciabilité, et devant le juge national et le juge de l'Union, et cette condition vaut quel que soit le requérant, ordinaire ou privilégié. En outre, faute d'applicabilité directe, le droit de l'Union bénéficie de l'*invocabilité minimale totale*. Or les accords internationaux dépourvus de l'effet direct ne bénéficient que d'une *invocabilité minimale partielle* (exclusion de l'invocabilité de réparation et prise en compte d'une invocabilité d'exclusion partielle).

S'agissant du droit coutumier, la Cour – nous l'avons vu – opère un *tri sélectif* entre ses différentes normes, mais, en même temps, elle adopte une attitude d'ouverture à son égard. Ainsi, les accords internationaux intégrés dans l'ordre juridique de l'Union, mais également le droit dérivé de l'Union, sont-ils interprétés et leur champ d'application circonscrits à la lumière des règles pertinentes du droit international général (30). Ceci dit, la Cour, en appliquant lesdites normes, les soumet à la logique européenne d'intégration et de respect des droits fondamentaux. Ainsi, certes, la coutume n'est pas directement applicable, mais ceci n'empêche nullement un requérant (ordinaire ou privilégié) de se prévaloir d'une norme coutumière à l'encontre d'un acte dérivé de l'Union, aux conditions fixées par la Cour : 1° le principe invoqué doit être reconnu comme faisant partie du droit international coutumier ; 2° le principe est « susceptible de mettre en cause la compétence de l'Union » ; 3° l'acte en cause doit être « susceptible d'affecter des droits que le justiciable tire du droit de l'Union *ou* de créer dans son chef des obligations au regard de ce droit ». Et, si tel est le cas, le contrôle de la

(29) Cette jurisprudence est synthétisée par l'arrêt *Demirel*, C.J.C.E., 30 septembre 1987, aff. C-12/86, *Rec.*, p. 3719, pt 14, et par l'arrêt de la C.J.U.E., gde ch., 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America e.a.*, préc., pts 52-55. Ces critères sont applicables aux dispositions des actes pris par les organes institués par des accords de l'Union (C.J.C.E., *Sevince*, 20 septembre 1990, aff. C-192/89, *Rec.*, p. I-3461, pt 14). Pour les accords mixtes, il est loisible à chaque État d'attribuer ou non un effet direct pour la partie des dispositions qui relèvent de sa compétence (C.J.C.E., 11 septembre 2007, *Merck Genericos*, aff. C-431/05, *Rec.*, p. I-7001, pts 34-35).

(30) Pour les accords internationaux, voy. not. avis 1/91, du 14 décembre 1991, *Rec.*, p. I-6079, pt 14 ; C.J.C.E., 2 mars 1999, *Eddline El-Yassini*, aff. C-416/96, *Rec.*, p. I-1209, pt 47 ; C.J.U.E., 6 mai 2010, *A. Walz*, aff. C-63/09, pt 23, *Rec.*, p. I-4239, pt 23. Pour le droit dérivé, voy. not. *Air Transport Association of America e.a.*, préc., pt 123.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Cour se limite alors « au point de savoir si les institutions de l'Union, en adoptant l'acte en cause, ont commis des erreurs manifestes » (*Air Transport Association of America e.a.*, préc., pts 102, 107 et 110).

2. – L'autonomie de validation

Là encore, le droit international est assujetti aux exigences de l'Union. Certes, les accords conclus par l'Union « bénéficient de la primauté sur les actes de droit [de l'Union] dérivé » (31). Il s'ensuit que la validité d'un acte de l'Union peut être affectée du fait de son incompatibilité avec une disposition conventionnelle. Toutefois, la Cour ne contrôle une telle invalidité que si les conditions d'applicabilité sont réunies (voy. *supra*). En outre, la primauté des accords internationaux sur les actes de l'Union ne « s'étendrait pas au droit primaire et, en particulier, aux principes généraux dont font partie les droits fondamentaux » (*Kadi 1*, pt 308). Rien d'étonnant à cela. Ceci résulte indirectement de l'article 218, paragraphe 11, TFUE. En plus, la pratique constitutionnelle à travers le monde ne reconnaît pas valeur constitutionnelle et *a fortiori* supraconstitutionnelle au droit international (32). Ce n'est pas sans raison que, dans l'affaire *Kadi 1*, la Cour a ostensiblement affirmé dans des formules apodictiques qu'un accord international « ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités, à l'autonomie du système communautaire » et « aux principes constitutionnels du traité » (pts 282 et 285). Ceci n'est pas sans rappeler les réserves de constitutionnalité qui ont fleuri ces dernières années dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles à l'égard du droit de l'Union et qui ont trouvé un écho, y compris dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (aff. *Bosphorus*). Ceci dit, l'attitude de la Cour est parfaitement cohérente avec la logique européaniste qui est la sienne. Car, on pourrait se demander quel eût été l'avenir du droit de l'Union et davantage encore de la construction européenne, si la Cour avait fait primer le droit international sur le droit de l'Union. Certainement un droit gruyère et une Union sans ancrage identitaire finissant par se dissoudre dans les délices du droit international.

Cette même double logique se retrouve à propos de la coutume internationale. En effet, les principes de droit coutumier peuvent être considérés comme des normes de référence pour le contrôle de validité du droit dérivé de l'Union, mais encore faudrait-il que la règle coutumière réponde aux exigences d'invocabilité fixées par la Cour dans sa jurisprudence *Air Transport Association of America* (voy. *supra*). Donc, primauté, mais primauté conditionnée du droit international coutumier sur les actes de l'Union. La

(31) Voy. not. C.J.C.E., 10 septembre 1996, *Commission c. Allemagne*, aff. C-61/94, *Rec.*, p. I-3989, pt 52 ; C.J.C.E., 12 janvier 2006, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, aff. C-311/04, *Rec.*, p. I-609, pt 25 ; C.J.C.E., gde ch., 3 juin 2008, *Intertanko*, aff. C-308/06, *Rec.*, p. I-4057, pt 42.

(32) Pour de plus amples développements sur le sujet, voy. not. A. Berramdane, *La hiérarchie des droits. Droits internes et droit européen et international*, Paris, L'Harmattan, 2003.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

coutume peut-elle l'emporter également sur le droit primaire de l'Union ? La situation est incertaine. Cependant, on ne voit pas comment la Cour, gardienne de la « charte constitutionnelle » de l'Union et vigie de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, pourrait faire primer la coutume internationale sur les traités de base, d'autant que, même au niveau international, il n'y a pas de hiérarchie entre la coutume et les traités (33). Filtré, « assaini », poli, en fonction des exigences de l'ordre juridique de l'Union, le droit international est mis (soumis) au service des intérêts de l'Union.

II. – L'INTÉGRATION SUBORDONNÉE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

L'action internationale de l'Union vise « au strict respect et au développement du droit international » (art. 3, § 5, TUE). Cependant, un tel objectif est subordonné à la « promotion » de ses « *valeurs* et ses *intérêts* » (art. 3, § 5, TUE) sur la scène internationale et à leur préservation sur le plan interne à l'égard des intrusions du droit international. L'Union « mène des politiques communes [...] afin de *sauvegarder* ses *valeurs*, ses *intérêts* fondamentaux » (art. 21, § 2, a), TUE). C'est là une disposition centrale dont le Traité de Lisbonne a fait une obligation horizontale applicable dans toutes les actions extérieures de l'Union et, fait remarquable, elle est justiciable devant la Cour de justice. Sauvegarde et promotion des valeurs et intérêts de l'Union, « commun[s] aux États membres » (art. 2 TUE), « qui ont présidé à sa création, à son développement et à son élargissement » (art. 21, § 1er, TUE), sont intimement liées. Il s'agit là d'une vision eurocentrée, d'une politique juridique du droit international au service de l'Union. Le droit international ne peut remettre en cause l'autonomie du droit de l'Union. Son intégration et son application sont subordonnées à la protection de l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses valeurs et à la défense des intérêts de l'Union européenne.

A. – La protection de l'ordre juridique de l'Union et de ses valeurs

Dans ses relations extérieures, comme dans les relations entre États membres, le droit international ne peut fragiliser les soubassements idéologiques et juridiques de l'Union. Davantage encore, l'Union s'emploie même à européaniser le droit international dans ses relations internationales. C'est une protection défensive mais aussi offensive de l'ordre juridique de l'Union et de ses valeurs.

(33) Voy., en ce sens, P. J. Kuijper, « It shall contribute to... the strict observance and development of international law... », in A. Rosas, E. Levits et Y. Bot (eds), *The Court of Justice and the Construction of Europe : Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, The Hague, TMC Asser Press, Springer, 2013, p. 589, spéc. p. 600.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

1. – La protection des valeurs de l'Union

L'Union s'applique, sur le plan international, à promouvoir ses propres valeurs. L'exemple topique est la *politique de voisinage* menée par l'Union avec ses voisins du Sud et de l'Est, « fondée sur les valeurs de l'Union » (art. 8 TFUE), à travers différents accords d'association et des accords de partenariat et de coopération. L'Union cherche ainsi à diffuser son modèle éthique, politique, économique afin de préserver sa sécurité. L'autre exemple significatif est l'inclusion de *clauses politiques standards* (dites clauses essentielles), de natures diverses (droits de l'homme, terrorisme, environnement, bonne gouvernance, immigration, coopération avec la CPI), dans les différents accords de partenariat et de coopération conclus par l'Union, visant également à propager et à généraliser ses propres valeurs à travers le monde (34).

Sur le plan interne, l'application du droit international s'arrête aux frontières constitutionnelles de l'Union. La « charte constitutionnelle de base » est préservée. Le droit international ne peut, en effet, « porter atteinte aux principes constitutionnels (de l'Union) au nombre desquels figurent le principe [...] du respect (des) droits fondamentaux (*Kadi 1*, pts 281 et 285). En somme, si le juge de l'Union *doit tenir compte* du droit international, une telle exigence de compatibilité, au demeurant simple degré minimal de compatibilité, ne peut aboutir à violer les fondements de base de l'Union. Il est évident que l'étendue de ce rempart ne se limite pas au seul respect des droits fondamentaux, mais couvre tous les éléments composant l'identité constitutionnelle de l'Union.

2. – La protection de l'ordre juridique

Là aussi l'Union européenne s'attelle à diffuser ses propres normes. La protection se traduit par une obligation de moyens : contribuer au développement du droit international en visant à enraciner ses propres règles dans l'ordre juridique international. Son attitude dans les enceintes de codification du droit international (droit de responsabilité, droit de la mer, etc.) en témoigne amplement. L'insistance avec laquelle elle exporte son modèle institutionnel, ses propres normes, notamment commerciales, environnementales, phytosanitaires, en matière de concurrence, et qu'elle fait figurer dans les accords bilatéraux et multilatéraux qu'elle conclut en est la preuve par neuf. La littérature anglo-saxonne emploie d'ailleurs à ce sujet le concept évocateur de *normative power* de l'Union (35).

(34) Voy., à ce sujet, not. J. Lebullenger, « L'articulation entre les accords de partenariat et de coopération et les accords de libre-échange », in A. Berramdane et M. Trochu (dir.), *Le partenariat UE-ASEAN*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 39.

(35) Pour une recension de la bibliographie de langue anglaise à propos du *normative power* de l'Union, voy. J. Wouters, A. Nolkaemper et E. de Vet, « Introduction : The "Europeanization" of international law », in V. J. Wouters, A. Nollkaemper et E. de Wet (eds), *The Europeanization of International Law : The Status of International Law in the European Union and its Member States*, *op. cit.*, spéc. p. 7.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Sur le plan interne, l'ordre juridique de l'Union dispose d'un véritable gardien du temple européen. La Cour de justice veille sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, lequel ne peut être exposé à des interventions judiciaires exogènes concurrentes qui saperaient l'édifice dans son ensemble. Aux termes de l'article 344 TFUE, « les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci », compétence relevant des fondements mêmes de la Communauté (36). Certes, les traités organisent une compétence d'attribution. Mais, en réalité, au vu de la généralité de la formule et de la nature de la construction européenne et du principe de coopération loyale énoncé à l'article 4, paragraphe 3, alinéa 1er, TUE, c'est « une compétence générale et exclusive des modes de règlement des différends du droit international » (37).

Ce monopole juridictionnel, vital pour le système d'intégration européenne, est largement confirmé par la jurisprudence. En effet, si la Cour admet qu'un accord international, conclu par l'Union, puisse instituer un système juridictionnel pour régler les différends entre les parties contractantes, c'est à la condition qu'un tel système ne « porte [pas] atteinte à l'article 164 du traité CEE (actuel art. 19 TUE) et, plus généralement, aux fondements mêmes de la Communauté » (38). De même, un accord international conclu par l'Union peut avoir des « incidences sur les compétences » de la Cour, mais pourvu qu'il « ne dénature pas » celles-ci et, « que, partant, il ne soit pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union » (39).

Sa position était dénuée de toute ambiguïté dans l'affaire *MOX* (40). Elle a jugé que sa compétence exclusive ne peut être remise en cause par les mécanismes de règlement des différends prévus par la Convention des Nations unies sur le droit de la mer. Le constat de manquement de l'Irlande à ses obligations était d'autant plus remarquable que cet État avait saisi trois juridictions internationales dont deux se sont déclarées compétentes (41), et s'était refusé de saisir la Cour de justice des Communautés européennes.

Cette jurisprudence est réitérée avec constance. Ainsi, dans son avis 1/09, la Cour a-t-elle jugé qu'un accord international créant une juridiction internationale en dehors du cadre institutionnel de l'Union qui priverait les juridictions nationales de leur mission de mise en œuvre du droit de l'Union dont la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne d'un renvoi

(36) C.J.C.E., 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, aff. C-459/03, *Rec.*, p. I-4635, pt 123 ; C.J.C.E., avis 1/91, 14 décembre 1991, *EEE*, préc., pts 35 et 71 ; avis 1/92, 10 avril 1992, *EEE*, *Rec.*, p. I-2821 ; avis 1/00, 18 avril 2002, *EAEC*, *Rec.*, p. I-3493, pts 11-12 ; C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*, préc., pt 282.

(37) J. Boulouis, *Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général*, *RCADI*, 1992, IV, vol. 235, p. 41.

(38) C.J.C.E., avis 1/91 du 14 décembre 1991, *EEE*, préc., pts 70 et 71.

(39) Avis 1/00, EAEC, 18 avril 2002, *Rec.*, p. I-3493, pts 21 et 23.

(40) C.J.C.E., gde ch., 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, aff. C-459/03, *Rec.*, p. I-4635.

(41) C'est le cas du Tribunal arbitral OSPAR et du Tribunal international du droit de la mer prévu par la Convention de Montego Bay, alors que le Tribunal d'arbitrage prévu par la même Convention a suspendu la procédure et renvoyé implicitement à la C.J.C.E.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

préjudiciel et qui n'envisagerait ni recours en manquement ni recours en responsabilité en cas d'atteinte à l'ordre juridique de l'Union par ladite juridiction, « dénaturerait les compétences » des institutions de l'Union et, « partant, la nature même du droit de l'Union » (42).

Outre la présence d'une telle vigie du droit de l'Union, la pratique de l'Union a érigé depuis les années 1980 une véritable forteresse autour du droit de l'Union avec ses ponts-levis que constituent les clauses de déconnexion. Ces clauses, de nature diverses, incluses dans les accords multilatéraux, conclus par les États membres ou par l'Union dans le cadre de ses compétences exclusives ou partagées, neutralisent ou filtrent l'application des dispositions desdites conventions à l'intérieur de l'ordre juridique de l'Union, mais sans affecter les obligations des États membres vis-à-vis des autres parties à ces accords (43). Ces clauses neutralisent l'application de l'ensemble de l'accord ou seulement certaines de ses dispositions au sein de l'Union (44). Elles sont activées généralement automatiquement et, parfois, conditionnellement (45). Elles ont un rôle protecteur du droit de l'Union au regard du droit international. En effet, elles ont une triple fonction : 1° « préserver » l'application du droit de l'Union au sein de l'ordre juridique de l'Union, et ceci en permettant à une législation européenne passée ou future de ne pas être supplantée par une disposition conventionnelle ; 2° « prévenir les conflits » et « régler de manière cohérente » la relation entre le droit dérivé de l'Union et les dispositions conventionnelles lorsqu'il s'agit d'un accord international de droit privé ; 3° empêcher les États membres de conclure des accords internationaux dans des domaines similaires, car l'existence d'une telle clause est la présomption de l'existence d'une compétence exclusive de l'Union par « affectation » (46).

B. – La défense des intérêts de l'Union

Le droit international public est appliqué, voire adapté aux exigences des intérêts de l'Union. La Cour de justice n'hésite pas à donner une interprétation bienveillante des principes de droit international, tel le principe de territorialité, lorsque c'est nécessaire, et à refuser l'applicabilité directe des accords internationaux, tels ceux de l'O.M.C., afin de préserver les intérêts de l'Union.

(42) C.J.U.E., Ass. plén., 8 mars 2011, avis 1/09, *Juridiction du brevet*, *Rec.*, p. I-1137. Cette jurisprudence est confirmée avec éclats par l'avis de la Cour 2/13 du 18 décembre 2014.

(43) Pour plus de développements, voy. not. P. Economides et G. Kolliopoulos, « La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable », *RGDI publ.*, 2006, p. 274.

(44) Voy., à titre d'exemple, l'article de la Convention de Lugano de 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale.

(45) Voy., p. ex., l'art. 26, § 3, de la Convention du Conseil de l'Europe de 2005 pour la prévention du terrorisme ; l'art. 52, § 4, de la Convention du Conseil de l'Europe de 2005 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime.

(46) C.J.C.E., Ass. plén., avis 1/03, *Convention de Lugano*, 7 février 2006, *Rec.*, p. I-1145, pts 154 et 155.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

1. – La compétence extraterritoriale

A l'instar des États-Unis et de plusieurs États à travers le monde, l'Union a développé la pratique de l'extraterritorialité afin de défendre ses intérêts économiques et écologiques. L'on sait que la compétence extraterritoriale consiste à projeter ses compétences normatives, juridictionnelles et d'exécution au-delà de son territoire terrestre, maritime et aérien. Le droit international reconnaît « le principe de la compétence exclusive de l'État en ce qui concerne son propre territoire » (sentence Max Hubert dans l'*affaire de l'île de Palmas*, 1928) et exclut « – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État » (CPJI, *affaire Lotus*, 1927). Aussi, la compétence extraterritoriale des États s'est-elle développée sur plusieurs fondements, dont l'élément central demeure le lien suffisant de rattachement au territoire et aux personnes (47).

L'Union a développé sa pratique extraterritoriale essentiellement sur le fondement de la doctrine des effets et de la territorialité objective. Ainsi, les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre hors du territoire de l'Union et qui ont pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché de l'Union sont-elles soumises selon la jurisprudence de la Cour de justice aux règles et aux juridictions de l'Union. Juger autrement, c'est remettre en cause à coup sûr la réalisation du marché intérieur de l'Union (48). En matière d'environnement, la jurisprudence de la Cour de justice a mis en avant le principe de la territorialité objective en admettant la compétence de l'Union pour imposer aux aéronefs immatriculés dans des pays tiers son système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, y compris pour la partie de survol de la haute mer « dès lors que lesdits aéronefs se trouvent physiquement sur le territoire de l'un des États membres de l'Union (atterrissage et décollage) et sont ainsi soumis à ce titre à la pleine juridiction de l'Union » (49).

2. – La non-applicabilité des accords O.M.C.

L'on sait qu'en matière d'applicabilité directe, la Cour de justice applique un double standard selon qu'il s'agit du droit dérivé de l'Union ou des accords internationaux. Appliquant son test de l'effet direct des accords internationaux, la Cour avait déjà conclu que les accords GATT étaient dé-

(47) Pour de plus amples développements, voy. spéc. COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL DES NATIONS UNIES, *Rapport sur les travaux de sa 58e session*, A/61/10, annexe E, *La compétence extraterritoriale* (étude du Secrétariat).

(48) Voy., à titre d'exemple, C.J.C.E., 14 juillet 1972, *Matières colorantes*, aff. C-48/69, *Rec.*, p. 619 ; C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Pâte de bois*, aff. jtes C-89, 104, 114, 116, 117, 125 à 129/85, *Rec.*, p. 5193.

(49) C.J.U.E., gde ch., 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America*, préc., pt 125. À rappeler que l'Union n'hésite pas à adopter une législation de « blocage » d'une loi extraterritoriale d'un État tiers, comme ce fut le cas par le passé avec les lois américaines Helms-Burton et d'Amato-Kennedy de 1996 et la réplique européenne par le règlement du Conseil nº 2271/96/CE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pourvus d'effet direct (*International Fruit Company e.a.*, aff. C-21/72 à 24/72). Et elle a récidivé avec les accords O.M.C., alors même que lesdits accords, et ce, contrairement au GATT, judiciarisent le mécanisme de règlement des différends (O.R.D.) et comportent plusieurs dispositions claires, précises et inconditionnelles. Son raisonnement s'articule autour de deux considérations majeures : 1° en dépit de la judiciarisation du mécanisme du règlement des différends, ce système « n'en réserve pas moins une place importante à la négociation entre les parties » ; 2° les accords O.M.C. sont fondés sur « la base de réciprocité et d'avantages mutuels » ; or les partenaires les plus importants de l'Union au sein de l'O.M.C. dénient tout effet direct aux accords O.M.C. Dans ces conditions, admettre l'effet direct desdits accords, c'est « risquer d'aboutir à un déséquilibre dans l'application des règles de l'O.M.C. », en fait, à léser les intérêts économiques de l'Union (50). L'absence d'applicabilité directe n'exclut pas cependant une invocabilité partielle, d'interprétation, d'exclusion dans deux hypothèses spécifiques (*Fediol* et *Nakajima*), mais non celle de réparation (51), qui pourrait à l'évidence, si jamais elle était retenue, constituer un substitut à l'absence d'effet direct des accords O.M.C. L'approche utilitaire du droit international est ainsi clairement affirmée.

(50) C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, aff. C-149/96, *Rec.*, p. I-8395.

(51) Gde ch., 9 décembre, *FIAMM et Fedon c. Conseil et Commission*, aff. jtes C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec.*, p. I-6513, pt 112. Pour plus de développements, voy. A. Berramdane in C. Boutayeb (dir.), *Les grands arrêts de la C.J.U.E.*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 685 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le droit international, un ordre juridique propre intégré au système juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

LE DIALOGUE ENTRE LES JUGES CONSTITUTIONNELS ET LA COUR DE JUSTICE : ENFIN DES MOTS, TOUJOURS DES MAUX ?

Marc BLANQUET

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole
Chaire Jean Monnet ad personam
Directeur de l'IRDEIC (1)

Parmi les exercices auxquels doivent régulièrement s'astreindre à la fois l'auteur et le dédicataire de ces lignes figure la remise en chantier d'un manuel respectivement de droit général et institutionnel de l'Union européenne. À cet égard, la lucidité de Claude Blumann et Louis Dubouis doit être soulignée à l'égard d'une évolution particulièrement sensible ces dernières années s'agissant des questions préjudicielles posées à la Cour de justice par les cours constitutionnelles des États membres.

Lucidité dans la première édition, en 2004, alors même que, si l'on met à part quelques espèces très particulières, on ne pouvait guère compter que trois arrêts préjudiciels rendus sur renvoi de la Cour constitutionnelle autrichienne (2). La position des auteurs était cependant sans ambiguïté que la jurisprudence de la Cour de justice devait logiquement conduire à inclure les cours constitutionnelles parmi les juridictions visées par le mécanisme préjudiciel. Lucidité toujours, puisqu'était également souligné que le Conseil constitutionnel français n'avait pas une telle conception, alors même, on le sait, que ce n'est qu'en 2006 (3) que le Conseil constitutionnel a explicitement souligné qu'il ne pouvait pas utiliser ce dispositif (4).

Lucidité dans la 5e édition de 2013, qui reprend la conviction d'origine quant à l'inclusion des juges constitutionnels parmi les juridictions ayant vocation à poser une question préjudicielle, et qui prend acte du premier renvoi préjudiciel, en 2013, du Conseil constitutionnel, tout en ayant pleinement conscience que cela s'est fait dans le contexte particulier de la QPC. Les auteurs ne s'y trompent pas quand ils concluent qu'une telle évolution constitue « un précédent de grande importance pour les rapports entre ordre juridique français et ordre juridique de l'Union (5) ».

---

(1) Institut de recherche en droit européen, international et comparé.
(2) *Cf. infra*.
(3) Décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006, pt 20.
(4) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2004, p. 428.
(5) *Ibid*., 5e éd., p. 714.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

En effet, il devient de plus en plus difficile de présenter le tableau des vingt-neuf ordres juridiques caractérisant le système d'intégration européen, l'ordre juridique de l'Union étant à la fois distinct et intégré dans les vingt-huit ordres juridiques nationaux. L'ambiguïté entre la primauté d'un droit commun, véritable signification de la jurisprudence *Costa*, et la supériorité inhérente à une hiérarchie normative classique a pu (parfois laborieusement) être dépassée s'agissant des relations entre le droit de l'Union et les normes législatives, mais l'heure est désormais au problème ultime, celui de l'application de ce schéma aux normes constitutionnelles, ce qui est autrement compliqué, d'abord parce que le problème législatif a souvent pu être réglé au moyen d'un raisonnement situant dans les constitutions nationales le support de la primauté du droit de l'Union, ce qui exclut de reproduire cette démarche à l'égard de la constitution elle-même, ensuite et plus fondamentalement, parce que l'image des constitutions normes suprêmes de l'ordre juridique interne peut difficilement être conciliée avec la primauté du droit de l'Union sur les constitutions nationales, pourtant clairement affirmée depuis longtemps par la Cour de justice.

En présence d'un tel imbroglio, comment ne pas regretter la faible utilisation ou parfois le refus assumé d'utiliser la coopération préjudicielle, et comment ne pas se réjouir de ce que ce dialogue semble enfin enclenché (6) ?

Est-ce à dire que ce qui apparaissait comme insoluble hier va désormais pouvoir être clarifié ? Est-ce à dire que ce dialogue formalisé (7) suffira à « éviter la réédition des malentendus qui ont obscurci jadis les relations avec les instances nationales (8) » ? Il est douteux qu'il ne s'agisse là que de « malentendus », et le développement, depuis quelques années de ce dialogue préjudiciel constitutionnel ne doit pas cacher que le phénomène lui-même est à relativiser, et que la Cour de justice l'utilise sans doute plus pour tenter de juguler les compétences de réserve des cours constitutionnelles que dans une perspective totalement apaisée.

I. – D'UNE BANALISATION L'AUTRE…

Si l'évolution est certaine et parfois spectaculaire, elle ne doit pas pour autant masquer que le dialogue préjudiciel constitutionnel reste marginal. Par ailleurs est patente une stratégie de banalisation de la dimension constitutionnelle par la Cour de justice susceptible d'amplifier les malentendus malgré l'apparente bonne volonté des juges constitutionnels.

(6) Pour un exemple saluant l'évolution du Conseil constitutionnel, *cf.* D. de Béchillon, « Jouer le jeu », *AJDA*, nº 15/2013, 29 avril 2013, p. 817.

(7) Il faut prendre conscience qu'au-delà du mécanisme préjudiciel existent d'autres espaces de dialogue entre les juges européens. *Cf.*, à cet égard, la thèse de N. Leron, *La gouvernance constitutionnelle des juges, l'institutionnalisation d'un nouveau mode de régulation du risque de conflit constitutionnel dans l'Union européenne*, IEP, Paris, 2014.

(8) Concl. sous l'arrêt de la Cour du 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-303/05, *Rec.*, p. I-3633.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

A. – La banalisation relative des renvois préjudiciels des cours constitutionnelles à la Cour de justice

L'évolution est incontestable. Si l'on pouvait, un temps, se contenter d'indiquer que les critères d'accès au renvoi préjudiciel semblaient ne pas exclure que les cours constitutionnelles en usent un jour, tout en doutant qu'elles le fassent vraiment, la réalité est désormais différente. La Cour d'arbitrage de Belgique l'a fait dès 1997 (9), sans que la doctrine s'aperçoive vraiment que le phénomène était enclenché, puisque ce n'est qu'en 2007 que cette Cour est officiellement devenue « Cour constitutionnelle (10) ». En 1997 toujours, c'est une cour constitutionnelle, mais d'un *Land* allemand, qui s'engage dans le mécanisme, là encore sans susciter beaucoup d'intérêt en raison de ce caractère local (11). En 1999 cependant, une cour parmi les plus anciennes et à l'origine même du modèle européen de Cour constitutionnelle avait posé une question préjudicielle à la Cour de justice, la Cour constitutionnelle autrichienne (12). On peut ajouter que l'afflux de douze nouveaux États membres entre 2004 et 2007 a conduit à ce que la Cour de Lituanie pose très rapidement une question, dès 2007 (13).

S'ouvre alors une période d'emballement du phénomène, changeant radicalement la perspective, dès lors que vont successivement saisir la Cour et pour la première fois quatre cours constitutionnelles d'États membres fondateurs ou anciens et qui s'étaient donc abstenues ou qui avaient explicitement exclu de le faire pendant parfois cinquante ans pour des raisons pratiques ou de principe. En 2008, c'est ainsi la Cour constitutionnelle italienne qui, rompant avec une jurisprudence datant de 1960, saisit la Cour de justice (14). Là, le changement est spectaculaire et ne peut plus être passé sous silence tant la position initiale de la Cour constitutionnelle italienne paraissait sans appel. Jugeant qu'elle ne pouvait être « incluse parmi les organes judiciaires, ordinaires ou spéciaux tant sont nombreuses et profondes les différences entre le devoir [qui lui est confié], sans précédent dans l'ordonnancement italien, et ceux bien connus et historiquement consolidés qui caractérisent les organes juridictionnels (15) », elle en avait, en effet, tiré une conséquence très claire : le « juge communautaire ne peut être saisi [...] par la Cour constitutionnelle » du fait de cette spécificité, c'est-à-dire parce que cette dernière « exerce essentiellement une fonction de contrôle de constitutionnalité, de garantie suprême du respect de la Constitution [...] par les organes constitutionnels de l'État et des Régions (16) ».

(9) C.A. belge, 19 février 1997, n° 6/97, *Rec.*, n° 1, janvier-février, 1-8/97, pp. 77 et s.
(10) Révision constitutionnelle du 7 mai 2007.
(11) Arrêt du *Staatsgerichtshof du Land de Hesse* ayant donné lieu à l'arrêt C.J.C.E., 28 mars 2000, *G. Badeck*, aff. C-158/97, *Rec.*, p. I-1875.
(12) C.C. autrichienne, 10 mars 1999, *Adria-Wien Pipeline GmbH.*
(13) Arrêt de la Cour constitutionnelle de Lituanie du 8 mai 2007 ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de justice du 9 octobre 2008, *Sabatauskas*, aff. C-239/07, *Rec.*, p. I-7523.
(14) C.C. italienne, ordonnances n^{os} 102 et 103, 13 février 2008.
(15) C.C., n° 13 de 1960, *Giur. cost.*, 1960, pp. 123 et s.
(16) C.C., n° 536 du 29 décembre 1995, *Foro it.*, 1996, I, p. 783.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

En 2011, pour la première fois, c'est le Tribunal constitutionnel espagnol qui saisit préjudiciellement la Cour dans l'affaire *Melloni* (17). Puis c'est au tour du Conseil constitutionnel français, à la surprise quasi générale, de poser, le 4 avril 2013, une question préjudicielle (18), alors qu'il avait expliqué, en 2006, pourquoi il lui était impossible de le faire (19). Il est vrai qu'au-delà du juge constitutionnel *a quo* doit être prise en considération la procédure de contrôle constitutionnel dans laquelle s'inscrit la question préjudicielle, la position de 2006 étant relative à la procédure de contrôle *a priori* alors que le renvoi de 2013 concernait la nouvelle procédure de contrôle incident *a posteriori*, la QPC (20), procédure qui n'existait pas en 2006.

Enfin, en janvier 2014, une cour constitutionnelle ayant une audience particulièrement importante, notamment auprès des juges constitutionnels des pays du Centre et de l'Est européen, se décidait à poser une question préjudicielle : le Tribunal constitutionnel fédéral allemand (21), ce qui est d'autant plus intéressant que le dialogue entre lui et la Cour de justice, dialogue indirect jusque-là, avait été particulièrement important et parfois tendu, que ce soit au travers des jurisprudences *So lange* (22) ou des différentes décisions sur les grands traités de révision européens (23).

Pour autant, peut-on parler de banalisation ? Deux phénomènes doivent inciter à la prudence.

D'une part, les cours constitutionnelles ayant posé des questions préjudicielles à la Cour de justice se sont rarement engagées dans une pratique intensive, à une exception près. En effet, seule la Cour constitutionnelle belge renvoie de façon habituelle à la Cour de justice. On compte à ce jour vingt-trois renvois (24). En revanche, la Cour constitutionnelle autrichienne en est restée à quatre renvois (25), et les cinq autres n'ont posé qu'une seule question préjudicielle.

Donc, à l'exception de la Cour belge, le renvoi préjudiciel demeure une procédure d'exception pour les cours constitutionnelles qui l'utilisent.

Par ailleurs, et c'est la seconde explication à la prudence qui s'impose encore, il faut admettre que, sur vingt-huit États membres, sept seulement

(17) Tribunal constitutionnel espagnol, ordonnance (*auto*) n° 86/2011, 9 juin 2011, *don Stefano Melloni*.
(18) Décision 2013-314P QPC du 4 avril 2013.
(19) Décision du 27 juillet 2006 préc.
(20) Question prioritaire de constitutionnalité.
(21) *Gauweiler e.a.*, aff. C-62/14.
(22) C.C. allemande, 29 mai 1974, *BverfGe*, vol. 37, p. 271, *Solange I* ; 22 octobre 1986, *Bverfg*, vol. 73, p. 339, *Solange II* ; 7 juin 2000, *EuGrZ*, 2000, p. 328, *Solange III*.
(23) Not. les décisions *Maastricht* de 1993 ou *Lisbonne* de 2009.
(24) Voy. le tableau tenu précisément à jour sur le site de la Cour constitutionnelle de Belgique, http://www.const-court.be/fr/common/home.html.
(25) Outre le renvoi initial, *cf.* les arrêts préjudiciels de la Cour de justice : C.J.C.E., 8 mai 2003, *Wählergruppe Gemeinsam*, aff. C-171/01, *Rec.*, p. I-4301 ; C.J.C.E., 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk*, aff. C-465/00, 138/01 et 139/01, *Rec.*, p. I-4989, et C.J.C.E., 8 avril 2014, *Digital Rights*, aff. C-293/12 et C-594/12, *nep*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ont vu leur cour constitutionnelle faire appel à cet instrument de coopération judiciaire (26). Cela signifie que les trois quarts des cours constitutionnelles n'ont à ce jour jamais adressé à la Cour de justice de question préjudicielle (27).

B. – La banalisation offensive du renvoi des cours constitutionnelles par la Cour de justice

L'attitude de la Cour de justice consiste visiblement à banaliser ces renvois préjudiciels, ce qui est cohérent avec l'ensemble de sa jurisprudence sur la dimension constitutionnelle (28), mais qui, ici, vise à ne pas entraver ce type de dialogue direct. À titre préliminaire, on peut noter que cette banalisation se traduit déjà par le choix de la formation de jugement. Si à peu près 60 % des questions adressées par des cours constitutionnelles sont jugés par une simple chambre et non en grande chambre, on peut relever de plus que les « premières » de chaque Cour n'ont pas forcément les honneurs de la grande chambre, ce choix, quand il est fait, dépendant donc du problème posé, et non de l'identité du juge *a quo*. Ainsi, les premiers renvois des Cours belge, autrichienne, lituanienne et française n'ont pas été jugés par une formation solennelle.

En second lieu, il faut remarquer que la Cour, le plus souvent, ne se pose pas et n'évoque même pas la question de la compétence des cours constitutionnelles à participer à la coopération préjudicielle, ne soulignant jamais non plus en tant qu'événement le fait que telle cour constitutionnelle lui pose pour la première fois une question après cinquante ans d'abstention ou de refus explicite. Cette réserve, qui tranche avec une jurisprudence préjudicielle parfois très sourcilleuse sur la recevabilité des renvois, cache cependant sans doute quelques visions opposées entre la Cour de justice et les cours nationales s'agissant de la vocation naturelle de celles-ci à utiliser le mécanisme préjudiciel, et vis-à-vis de l'incidence des particularités procédurales nationales.

(26) Il faut cependant ajouter que deux ont admis être visées par le mécanisme du renvoi préjudiciel : la Cour polonaise (voy. jugement du 11 mai 2005 sur le traité d'adhésion, K 18/04) et la Cour portugaise (voy. arrêt 28/1991 du 14 février 1991, *Moreira da Costa et Mulher*).

(27) Il faudrait cependant prendre en considération le système de contrôle de constitutionnalité des lois dans les différents États membres, certains utilisant un organe non spécifique du type cour suprême.

(28) Pour la banalisation, classique, des normes constitutionnelles, *cf.* not. les arrêts C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. C-11/70, *Rec.*, p. 1125 ; C.J.C.E., 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. C-44/79, *Rec.*, p. 3727 ; ou C.J.U.E., 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06, *Rec.*, p. I-8015. Pour la banalisation du procès constitutionnel et de l'autorité des décisions des cours constitutionnelles, *cf.* les arrêts C.J.C.E., 27 juin 1991, *Mecanarte*, aff. C-348/89, *Rec.*, p. I-3277 ; ou C.J.U.E., 15 janvier 2013, *Križan e.a.*, aff. C-416/10, *nep*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

1. – La question toujours ouverte de la vocation des cours constitutionnelles à poser des questions préjudicielles

Ne serait-ce pas la question de fond ? Les cours constitutionnelles ne seraient pas des « juridictions des États membres » impliquées dans la logique de réseau d'un pouvoir judiciaire de l'Union diffus dont le principe d'unité serait assuré au moyen de l'instrument préjudiciel mis à la disposition des juges nationaux de droit commun. En d'autres termes, les juges constitutionnels ne seraient en rien chargés de l'application du droit de l'Union, mais auraient pour unique mission d'assurer le respect de la Constitution. La Cour constitutionnelle italienne est sans doute celle qui a le plus explicitement souligné cette spécificité ontologique de sa mission, en tirant clairement la conclusion qu'à la différence des autres juridictions « ordinaires », elle n'avait pas vocation à poser des questions préjudicielles à la Cour de justice (29). Certes, la Cour italienne a rompu en 2008 spectaculairement avec cette position sans pour autant que la question de fond soit réexaminée et sans que la situation soit pleinement clarifiée ou pacifiée. D'abord, il est frappant de constater que la Cour ne reprend pas, ne corrige pas, n'évoque même pas sa jurisprudence première, se contentant sans aucun véritable argument (30) de souligner qu'elle répond aux critères définis par la Cour de justice pour l'identification des autorités juridictionnelles pouvant poser des questions préjudicielles. Ensuite, la *Consulta* développe une sorte de théorie de la subsidiarité puisqu'elle réserve ses renvois aux hypothèses où, saisie directement, elle est la seule à pouvoir poser la question préjudicielle. Quand se combinent, vis-à-vis d'une loi, des griefs de violation du droit de l'Union et de la Constitution, les juridictions ordinaires doivent purger la question européenne au moyen de la question préjudicielle avant la saisine éventuelle de la cour constitutionnelle. Si elles ne le font pas, la cour constitutionnelle rejette l'éventuelle saisine (31), et si les deux questions sont soulevées en même temps, la cour constitutionnelle déclare irrecevable la requête (32). En revanche, quand elle est saisie par voie d'action, par exemple à l'encontre d'une loi régionale qui violerait la Constitution parce que contraire au droit de l'Union (33), elle seule peut interroger la Cour de justice, d'où son revirement. Ce genre de limitation (quasi unanimement condamné par la doctrine italienne) n'a aucune chance d'être approuvée par la Cour de justice. Enfin, on peut penser que le revirement de 2008 correspond moins à une nouvelle et sincère conviction qu'à un repli contraint et forcé. En effet, la jurisprudence *Köbler* visait expressément parmi les facteurs d'engagement de la responsabilité de l'État « l'inexécution, par la juridiction en cause, de son obligation de renvoi préjudiciel en vertu de l'article 234, troisième alinéa, CE », et cette jurisprudence sur la

(29) Voy. *supra*.
(30) La revendication initiale de spécificité n'était pas plus argumentée au demeurant.
(31) Ordonnance n° 206 de 1976.
(32) Ordonnance n° 85 de 2002.
(33) Art. 117-1 de la Constitution italienne.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

responsabilité de l'État du fait du comportement d'une juridiction a été déclinée dans une affaire italienne ayant marqué les esprits transalpins (34), au point que cela avait été interprété par la doctrine comme un véritable ultimatum adressé à la cour constitutionnelle (35). Celle-ci, en 2008, franchit d'ailleurs deux pas dans le même mouvement, puisque non seulement elle admet pouvoir poser une question préjudicielle, mais elle semble surtout concéder qu'elle a l'obligation de le faire puisqu'elle souligne que ses décisions ne sont susceptibles d'aucun recours, ce qui semble confirmer qu'elle ne fait que céder, contrainte et forcée, à cet ultimatum.

Si l'on se pose frontalement la question de savoir si les cours constitutionnelles font partie des juges de droit commun vis-à-vis du droit de l'Union européenne, on doit d'abord noter qu'elles sont ou peuvent être des juges d'application de ce droit, ce qui est largement le cas pour les cours qui intègrent le respect du droit de l'Union dans les paramètres du contrôle de constitutionnalité ; on sait que, s'agissant du Conseil constitutionnel, ce n'est là qu'une exception à la jurisprudence *IVG* (36) dans les quelques cas où la Constitution elle-même intègre un renvoi à des normes de l'Union, même si la situation existe donc. Mais il faut sans doute aller plus loin : les fonctions judiciaires, s'agissant de l'interprétation et de l'application du droit de l'Union, sont réparties entre la Cour de justice de l'Union, qui est juge d'attribution, dans les quelques voies de droit organisées par le traité et qui, de façon générale, assure « le respect du droit » dans cette interprétation et application des traités. Pour le reste, dans les « domaines couverts par le droit de l'Union », ce sont les juges nationaux qui interviennent. Le renvoi préjudiciel n'est pas indiqué par l'article 19 TUE comme réservé à des juges « d'application » du droit de l'Union, mais simplement aux « juridictions nationales ». Si l'on lit l'article 267 TFUE, on voit que les juridictions visées par le mécanisme sont les juridictions d'un État membre estimant qu'une décision sur l'interprétation des traités ou sur la validité et l'interprétation des actes de droit dérivé de l'Union est nécessaire pour rendre leur jugement (37). On voit que, même dans le contexte de la jurisprudence *IVG*, le cas de figure peut se présenter.

---

(34) C.J.C.E., 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, *Rec.*, p. I-5177.

(35) R. Cavano, *La Corte di Giustizia censura la disciplina italiana della responsabilità dei magistrati, e, conessa, il mancato utilizzo dell'art. 234. Un ultimátum alla Corte costituzionale ?*, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

(36) Réaffirmée dans la décision du 12 mai 2010, *Jeux de hasard* (déc. 2010-605DC), et, pour la QPC, dans la décision 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010. *Cf.*, aussi, décision du 3 février 2012, n° 2011-217 QPC.

(37) On a du mal, à cet égard, à comprendre le président du Conseil constitutionnel soulignant que, dans sa décision du 4 avril 2013, le Conseil se serait uniquement référé au début de l'art. 267 définissant la compétence de la Cour de justice sans viser les alinéas suivants (se référant à la possibilité ou l'obligation des juges nationaux de poser une question préjudicielle) qui ne concerneraient que les juges nationaux en tant que « juges communautaires », ce que ne serait pas le Conseil constitutionnel (« Le Conseil constitutionnel et le droit de l'Union européenne », entretien J.-L. Debré et D. Simon, *Europe*, juillet 2013, p. 5).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Dès lors, même si Olivier Dubos, dans sa thèse, commence par admettre que, parmi les juridictions des États membres, « seules les juridictions constitutionnelles, en raison de la spécificité de leur mission, ne sont pas véritablement, de ce point de vue, juge communautaire car elles ne sont pas amenées à appliquer le droit communautaire pour trancher un litige », il ajoute qu'il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent connaître de différends qui ont une dimension communautaire, notamment lorsqu'elles doivent juger la constitutionnalité d'une loi prise pour l'application du droit communautaire (38) ». L'effet direct du droit de l'Union correspond à cette approche en termes classiques d'application, mais on sait que c'est désormais dépassé et que les juges nationaux ont une obligation (générale à la différence de celles découlant de l'effet direct) de « prendre en considération » le droit de l'Union, notamment pour interpréter le droit national en conformité avec celui-ci. D'ailleurs, la Cour, dans l'arrêt *Melki et Abdéli*, évoque bien l'interprétation de la loi organique par le Conseil constitutionnel sous cet angle, présentant la décision du Conseil constitutionnel en tant qu'interprétation conforme. Dès lors, s'agissant de juges nationaux, quelle que soit leur mission principale, ils peuvent être considérés, compte tenu de ce devoir de prise en considération, comme pouvant estimer « qu'une décision sur l'interprétation des traités ou sur la validité et l'interprétation des actes de droit dérivé de l'Union est nécessaire pour rendre leur jugement (39) ».

2. – La question toujours sensible de la prise en considération des particularités procédurales du contrôle de constitutionnalité des lois

C'est un point souvent déterminant, spécialement pour le Conseil constitutionnel, qui a, en 2006, exclu de pouvoir poser une question préjudicielle en raison du délai d'un mois que lui impose la Constitution pour le contrôle *a priori*, et qui a expressément invoqué le délai de trois mois prévu par la loi organique dans le cadre de la QPC pour demander à la Cour de justice le déclenchement de la Procédure préjudicielle d'urgence.

Deux remarques préalables d'abord

La durée moyenne des affaires préjudicielles devant la Cour de justice est de l'ordre de seize mois. On peut cependant se rapprocher du « temps constitutionnel » grâce à deux procédures, la procédure accélérée, depuis 2000, et la procédure d'urgence, depuis 2008 (40), qui conduisent à des moyennes de l'ordre de deux à trois mois. Autrement dit, au-delà de la valeur juridique

(38) *Les juridictions nationales, juge communautaire*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2001, p. 6.

(39) Art. 267 TFUE. À cet égard, le rapport général établi lors du XVI[e] Congrès de l'Association des cours constitutionnelles européennes, en mai 2014, conclut que la plupart de ces cours constitutionnelles utilisent le droit européen soit en tant que norme de contrôle ponctuellement ou plus largement, soit pour délivrer une interprétation conforme du droit national, soit en tant qu'élément d'interprétation du droit national. En revanche, le rapport sur le Conseil constitutionnel n'admet une prise en considération que sur « l'instruction » des affaires.

(40) Il existe également, depuis 2000, une procédure *simplifiée*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

du délai (fixé par la Constitution ou par une loi organique), on voit que la procédure préjudicielle devient compatible avec un délai de trois mois, plus difficilement avec un délai d'un mois.

Il faut ensuite remarquer que le délai de trois mois n'a pas pu être respecté dans l'affaire *Jérémy F.* malgré la célérité remarquable de la Cour de justice.

Quoi qu'on ait pu penser, il semble que la Cour de justice ne soit pas sensible au respect de tels délais procéduraux, au double sens où elle n'accepte pas que ces délais puissent exonérer de son obligation de renvoi une juridiction nationale et où elle ne voit pas là forcément une condition convaincante pour mettre en œuvre une procédure d'urgence.

Dans l'affaire *Melki et Abdéli*, que l'on peut considérer, puisque, s'il ne s'agissait pas d'une question posée par une cour constitutionnelle, elle abordait le problème des délais dans la procédure de QPC, la Cour de justice a soufflé le chaud et le froid.

Le chaud se trouve dans l'ordonnance (41) du président de la Cour acceptant de faire jouer la procédure accélérée en se référant clairement aux exigences de délai : le président Skouris s'appuie sur trois arguments pour admettre « l'urgence extraordinaire » permettant seule d'engager cette procédure accélérée : la mise en cause de la liberté des personnes concernées, le délai de trois mois dont dispose le juge *a quo* et le caractère essentiel des questions à apprécier. S'agissant des délais, ce problème, pour le président, « justifie, eu égard à l'esprit de coopération qui caractérise les relations entre les juridictions des États membres et la Cour, une réponse urgente de cette dernière aux questions posées par la juridiction de renvoi ». En revanche, la Cour, dans son arrêt, tient à éviter toute interprétation laxiste, précisant que « l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel » (42).

Dans l'affaire *Jérémy F.*, la demande de procédure d'urgence exprimée le 4 avril 2013 par le Conseil constitutionnel reposait sur « le délai de trois mois dans lequel le Conseil constitutionnel est tenu, en application de l'article 23-10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, d'examiner la question prioritaire de constitutionnalité », sur « l'objet de la question préjudicielle posée relative à l'espace de liberté, de sécurité et de justice » et sur « la privation de liberté dont le requérant fait l'objet dans la procédure à l'origine de la présente question prioritaire de constitutionnalité ». La Cour accepte la procédure d'urgence, mais rappelle les trois supports de la demande et n'en reprend que deux : le domaine en cause est bien l'ELSJ, c'est-à-dire le cadre dans lequel peut jouer la procédure d'urgence ; en second lieu, le requérant au principal est actuellement privé de liberté et la solution du litige au principal est susceptible d'avoir une incidence non négligeable sur la durée d'une telle privation. Autrement dit, même si on a pu estimer que

(41) C.J.U.E., ord., 12 mai 2010, *Aziz Melki* (C-188/10), *Sélim Abdéli* (C-189/10).
(42) C.J.U.E., 22 juin 2010, *Melki et Abdéli*, aff. C-188/10 et C-189/10, *Rec.*, p. I-5667, spéc. pt 56.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

la Cour n'insistait pas particulièrement sur la question des délais, c'est un euphémisme : elle rappelle expressément que c'est un des arguments soulevés par le Conseil constitutionnel et examine tous les autres sans jamais se pencher sur celui-là.

L'explication est sans doute que la logique des procédures accélérées ou d'urgence est que la Cour admet une obligation de moyens (dans certaines circonstances, elle doit faire le plus vite possible), mais accepter la contrainte de délais impératifs deviendrait une obligation de résultat (juger elle-même obligatoirement dans un certain délai), ce à quoi elle ne peut souscrire.

II. – De contre-limites en contre-limites : du dialogue au duel préjudiciel ?

Il est clair que la question des renvois préjudiciels des cours constitutionnelles participe d'une problématique plus fondamentale, celle des relations entre le droit de l'Union et les constitutions des États membres. À cet égard, la situation n'est pas sans évoquer celle de la guerre froide et de la dissuasion nucléaire, avec quelques crises plus tendues conduisant chaque partie à faire montre de ses forces. Ainsi, quand la Cour de justice, au début des années 1970, sans égard aucun pour la singularité constitutionnelle, jugea que les constitutions des États membres, globalement, ne sont pas un critère d'appréciation de la validité du droit communautaire et que les États membres ne peuvent les invoquer pour remettre en cause la validité, mais aussi les effets du droit de l'Union sur leur territoire (43), les cours constitutionnelles des États dualistes (44) répliquèrent par une première salve de « contre-limites (45) ». La deuxième crise eut lieu lorsque l'Union prétendit porter atteinte au monopole constitutionnel étatique en admettant formellement que la « charte constitutionnelle de base » de l'Union européenne soit un traité, certes, mais un traité « établissant une constitution pour l'Europe (46) ». Ces contre-limites aboutissent finalement à légitimer des « compétences de réserve (47) » de ces cours constitutionnelles, leur permettant d'avoir « le dernier mot » alors qu'est en cause la validité ou l'interprétation

(43) Jurisprudence préc.

(44) Saga « Solange » préc. en Allemagne, avec l'ajout de la décision *Maastricht* du 12 octobre 1993, *RUDH*, 1993, p. 286 ; jurisprudences *Frontini* (jugement n° 183, 27 décembre 1973, *RU*, vol. XXXIX, p. 503), *Granital* du 8 juin 1984, et *SpA Fragd*, 13-21 avril 1989, sent. n° 232/89 en Italie.

(45) Cette expression correspond à une approche classique en Italie s'agissant des « limites aux limitations » de souveraineté impliquées par l'intégration européenne.

(46) Pensons spécialement à la décision du Conseil constitutionnel français du 27 juillet 2006 sur la *loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC, *Rec.*, p. 88, à la déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004, *BOE*, 4 janvier 2005, II-2), ou aux décisions *Lisbonne* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 (2 BvE 2/08), du Tribunal constitutionnel polonais du 24 novembre 2010 (n° K 32/09) et de la Cour constitutionnelle tchèque du 26 novembre 2008 (Pl. ÚS 19/08) et du 3 novembre 2009 (Pl. ÚS 29/09).

(47) TCF, 30 juin 2009, décision *Lisbonne*, pt 341.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

d'un acte de droit de l'Union, qu'il y ait eu ou non un renvoi préjudiciel préalable à la Cour de justice.

Le développement actuel du dialogue préjudiciel entre cours constitutionnelles et Cour de justice ne peut que faciliter l'apaisement de cette situation (48), mais on voudrait montrer que les problèmes demeurent vis-à-vis des trois types de « compétences de réserve » des cours nationales : le constat qu'un acte de l'Union (ou qu'une décision de la Cour de justice) a dépassé le champ des compétences que les États lui avaient attribué ; l'identification d'un noyau dur intangible ; le non-respect de la présomption de protection équivalente des droits fondamentaux.

A. – Question préjudicielle et *ultra vires* : la pression mise sur la Cour de justice

L'Union européenne repose sur une répartition des compétences entre elle et les États membres de la même manière que le dialogue préjudiciel repose sur une répartition des compétences entre les juges nationaux et la Cour de justice. Les cours constitutionnelles, et c'est spécialement un raisonnement du Tribunal constitutionnel fédéral allemand, peuvent considérer que tel acte de l'Union sort de ce champ des compétences transférées ou que telle décision de la Cour de justice excède ses compétences, ce qui exonère alors l'ordre constitutionnel de toute sujétion vis-à-vis des engagements européens de l'État.

Inaugurée dans la décision *Maastricht* (49) et reprise dans la décision *Lisbonne* (50), cette démarche (51) peut être considérée comme ayant deux significations. De façon épidermique, elle correspond à l'exhortation faite à la Cour allemande en 2008 par un de ses anciens présidents : « Stoppt der Europäischen Gerichtshof (52) ! » Plus fondamentalement, c'est la simple traduction d'une conception absolue de la souveraineté consistant à affirmer le droit d'un État de se prononcer en dernier ressort sur l'étendue des compétences qu'il a entendu attribuer à une organisation internationale ou supranationale (même qualifiée d'Association d'États (53)), quitte à faire une interprétation ou une appréciation unilatérale de validité d'un traité ou d'un acte relevant d'un ordre juridique international ou supranational (54). D'emblée, on mesure l'hiatus vis-à-vis des positions les plus

(48) Vision plus réaliste que d'envisager une totale et définitive résolution du problème des rapports de système.

(49) TCF, 12 octobre 1993, 2 BvR 2134/92 ; 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155.

(50) TCF, 30 juin 2009, 2 BvE 2/08 ; 2 BvE 5/08 ; 2BvR 1010/08 ; 2 BvR 1022/08 ; 2 BvR 1259/08 ; 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 26.

(51) Démarche qui a inspiré d'autres cours constitutionnelles (Danemark, Pologne, République tchèque…).

(52) R. Herzog et L. Gerken, *FAZ*, 8 septembre 2008.

(53) Depuis la décision *Maastricht*.

(54) « La Cour constitutionnelle examine si les actes juridiques des institutions et organes européens se tiennent dans les limites des droits de souveraineté concédés à eux ou s'ils s'en écartent » (décision *Maastricht*, pt 106).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

basiques de la Cour de justice martelant que l'ordre juridique de l'Union est existentiellement autonome, qu'il se caractérise, à la différence des traités ordinaires, par l'atteinte définitive et extensive à des droits souverains des États membres (55) et par son monopole dans le contrôle du respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités (56), dont elle a même parfois déduit une obligation de lui poser une question préjudicielle alors que le traité admet le caractère facultatif de celle-ci (57).

Les liens entre question préjudicielle et *ultra vires* doivent être illustrés par l'exemple de la Cour allemande, même si l'on peut aussi penser à la situation tchèque, à la fois plus conflictuelle, puisque la Cour constitutionnelle tchèque, le 31 janvier 2012, n'a pas hésité à ne pas respecter un arrêt préjudiciel de la Cour de justice (58) en le considérant comme un acte *ultra vires* (59), mais aussi paradoxalement moins significative, non pas tant parce qu'en l'occurrence, il n'y avait pas eu de renvoi préjudiciel de la cour constitutionnelle, mais de la Cour administrative suprême, mais parce que la situation était celle d'une lutte acharnée entre cette juridiction administrative et la cour constitutionnelle, celle-là refusant de respecter les décisions de celle-ci pour contrariété au droit de l'Union, d'où cette demande d'arbitrage à la Cour de justice dont l'arrêt préjudiciel, en quelque sorte, a été la victime collatérale de ce brûlot interne.

La Cour allemande, déjà dans sa décision *Lisbonne*, mais surtout dans la décision *Honeywell* (60), précise et adoucit le protocole d'emploi de l'*ultra vires*, le rendant ainsi praticable, son premier renvoi préjudiciel, dans l'affaire des *OMT* constituant donc un premier test (61).

Il découle des décisions *Lisbonne* et *Honeywell* que l'*ultra vires*, d'une part, ne peut correspondre qu'à une violation grave (manifeste, sensible) du champ des compétences ouvert par les États à l'Union (62), que la Cour constitutionnelle admet que la Cour de justice puisse utiliser des méthodes d'interprétation constructives et même normatives (63), et que la mise en œuvre du droit constitutionnel doit être favorable au droit de l'Union européenne (64). Procéduralement, la condamnation d'un acte *ultra vires* au

(55) Jurisprudence historique *Van Gend en Loos*, *Costa* ou avis 1/91.

(56) Outre l'art. 19 TUE, on peut aussi rappeler que, dans l'art. 344 TFUE, les États membres se sont engagés à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci.

(57) C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. C-314/85, *Rec.*, p. 4199. Si, comme aime à le rappeler le Tribunal de Karlsruhe, les États membres sont les « Maîtres des traités », la Cour de justice est « Maître de l'interprétation des traités ».

(58) C.J.U.E., 22 juin 2011, *Landtovà*, aff. C-399/09, *Rec.*, p. I-5573.

(59) Arrêt du 31 janvier 2012, aff. Pl. ÚS 5/12.

(60) 6 juillet 2010, 2 BvR 2661/06.

(61) Aff. préc. *Gauweiler e.a.*, aff. C-62/14.

(62) Ce qui ouvre la voie à la combinaison entre l'*ultra vires* et la protection de l'identité constitutionnelle, l'*ultra vires* étant grave dès lors qu'il touche à cette identité.

(63) Un « droit à l'erreur » est même concédé à la Cour de justice (décision *Honeywell*, pt 66).

(64) Décision *Lisbonne*, pt 241. La Cour constitutionnelle a également jugé que « le contrôle doit être exercé avec retenue et en respectant les méthodes d'analyses propres au droit

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

sens de la compétence de la Cour constitutionnelle de se réserver le dernier mot se fait de manière subsidiaire et seconde. La décision *Lisbonne* explique, en effet, que ce sera uniquement « lorsque la protection des droits ne peut être obtenue au niveau de l'Union », et la décision *Honeywell*, plus explicitement, exclut une telle intervention avant que la Cour de justice ait pu se prononcer préjudiciellement (65).

C'est pourquoi la question préjudicielle dans l'affaire *Gauweiler e.a.* (66) est importante à ce titre. Cette question est un peu particulière au sens où elle développe abondamment ce qu'est pour elle la réponse à donner : « la Cour constitutionnelle fédérale considère que la décision de l'OMT est incompatible avec… ». Dans l'absolu cependant, la Cour de justice admet, voire encourage ce genre de renvoi. Les « Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles (67) » indiquent que : « Si elle s'estime en mesure de le faire, la juridiction de renvoi peut enfin indiquer succinctement son point de vue sur la réponse à apporter aux questions posées à titre préjudiciel. Une telle indication s'avère utile pour la Cour, particulièrement lorsqu'elle est appelée à statuer sur la demande dans le cadre d'une procédure accélérée ou d'une procédure d'urgence ».

La Cour de justice devait forcément essayer de jouer avec les deux marges de manœuvre ouvertes par le Tribunal de Karlsruhe lui-même puisque celui-ci, d'une part et on l'a indiqué, ne censurerait qu'un *ultra vires* particulièrement grave (68), et d'autre part la décision de renvoi suggérait elle-même la voie à suivre pour la Cour de justice, l'illégalité de l'opération en cause n'étant constatée selon la Cour allemande que « sous réserve de l'interprétation de la Cour de justice », le renvoi précisant même qu'il y a selon la Cour constitutionnelle illégalité mais qu'« une autre évaluation pourrait, cependant, être justifiée si la décision de l'OMT pouvait être interprétée en conformité avec le droit primaire ».

Compte tenu de l'importance stratégique de l'engagement de la BCE en matière d'OMT pour la situation des marchés financiers, on voyait mal la Cour de justice le censurer. Elle doit devait donc développer une interprétation susceptible d'être acceptable pour la Cour allemande. L'exercice était cependant difficile car l'interprétation suggérée par la Cour allemande (des achats limités dans le temps et en montant et surtout non ciblés (69)) aurait

---

de l'Union liées à la particularité des traités afin de ne pas nuire au principe d'intégration supranationale ».

(65) Pt 60.

(66) Préc.

(67) 2012/C-338/01, *J.O.U.E.*, C-338/1 du 6 novembre 2012.

(68) Une « violation manifeste des compétences par les autorités de l'Union et une modification structurelle notable dans l'équilibre des compétences entre l'Union et les États membres, au détriment de ces derniers ».

(69) La distinction fondamentale pour l'Allemagne entre la compétence monétaire (Union européenne) et la compétence économique (essentiellement États membres) est ici : une approche ciblée relève d'une approche économique plus que monétaire.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

retiré toutes ses vertus à la décision OMT (70). La Cour de justice a statué le 16 juin 2015 et a mis la Cour allemande devant ses responsabilités en validant l'engagement de la BCE, l'analyse se voulant purement technique et reposant notamment sur un contrôle restreint du principe de proportionnalité. La Cour ne manque pas de rappeler l'autorité de ses arrêts préjudiciels et tente de banaliser au maximum la problématique en positionnant largement sa décision dans les lignes tracées par l'arrêt *Pringle* (71).

On voit ici en tous cas que les analyses du mécanisme préjudiciel se faisant en termes de soumission, de contrainte, de subordination manquent particulièrement de nuance. On voit aussi que le premier renvoi du *Verwaltungsgerichtshof* n'a pas été sans mettre en difficulté et sous pression la Cour de justice.

B. – Identité constitutionnelle ou nationale : les monologues parallèles

La revendication d'une identité constitutionnelle est souvent assimilée à l'invocation d'une zone de « non-droit européen », c'est-à-dire une véritable sanctuarisation d'un noyau cardinal de l'ordre juridique national que ne pourrait affecter l'intégration, de la même manière, parfois, que ne peut l'atteindre le pouvoir de révision constitutionnelle (72). Bref, là s'arrêtent *a priori* tout dialogue et toute relation entre le droit de l'Union et le droit des États membres. Outre les expressions classiques dans la justice constitutionnelle, montrant cette dimension de rupture, d'exclusion (73), on peut juger significatif un arrêt du Conseil d'État italien en 2005 se référant à « un espace juridique étatique en totalité soustrait à l'influence du droit communautaire, un espace dans lequel l'État continue à être totalement souverain, ce qui signifie indépendant, et donc libre de disposer de ses propres sources normatives » (74).

Depuis le Traité de Maastricht, les traités ont inscrit dans l'ADN de l'Union européenne en tant qu'Union d'États (devant donc le rester) son obligation de respecter l'identité nationale des États membres. Dès 1996, la Cour de justice a donné à cette formule qui aurait pu ne rester que rhétorique une dimension opératoire, en s'inspirant du dispositif d'acceptation mesurée des raisons impérieuses nationales développé dans le droit du marché

(70) C'est l'annonce d'un rachat illimité par le président de la BCE qui a ramené en 2011, le calme sur les marchés financiers.

(71) Arrêt du 27 novembre 2012, aff. C-370/12, *EU :C :2012 :756.*

(72) Clauses d'éternité. Le lien est notamment clairement établi par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand.

(73) En Italie, citons les références aux « principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel » (arrêts *Frontini* du 27 décembre 1973 ou *Société Fragd* du 13 avril 1989 de la C.C. italienne) ; en Allemagne, le TCF se réfère à « la structure fondamentale de la Constitution qui confère à celle-ci son identité » dès l'arrêt *So lange I* du 29 mai 1974, à « l'identité de l'ordre constitutionnel » de la RFA dans l'arrêt *So lange II* du 22 octobre 1986, enfin à l'« identité constitutionnelle inaliénable » dans la décision *Lisbonne* du 30 juin 2009.

(74) C.E., n° 4207 de 2005.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

intérieur et qui autorise un État membre, alors même que le traité ne lui permettrait pas cette dérogation (comme il peut le faire en cas d'atteinte à l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique), à entraver ce que le droit de l'Union a de plus cardinal, les libertés de circulation, au nom de ces impératifs dont il faut comprendre qu'ils relèvent de ses devoirs d'État en tant qu'État (75). La Cour de justice, cependant, s'emploie à contrôler bien entendu que la poursuite de ces objectifs légitimes ne va pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire à leur sauvegarde, au moyen d'un contrôle sévère de proportionnalité (ici, ce serait la condamnation non pas de l'*ultra vires*, mais de l'*ultra modum*, de l'outre-mesure…). Le Traité de Lisbonne, par un libellé plus détaillé, montre que cette identité nationale peut avoir une dimension constitutionnelle (76), et la jurisprudence de la Cour, clairement, intègre dans l'identité nationale des éléments relevant de cette dimension constitutionnelle comme ce peut être le cas pour la préservation de la langue nationale, de la structure territoriale ou du caractère républicain de l'État (77). C'est notamment dans ce registre que la Cour de justice a répondu à une question préjudicielle de la Cour constitutionnelle belge (78) posant un problème classique s'agissant de ces problèmes d'identité constitutionnelle : l'incidence du droit de l'Union sur le libre choix par l'État membre de sa structure territoriale (la forme de l'État en somme). Pour le gouvernement flamand, dans cette affaire, les contraintes de non-discrimination découlant du droit de l'Union reviendraient « à dénier aux États membres le droit d'opter pour une structure fédérale composée d'entités fédérées autonomes légiférant uniquement dans cette partie du territoire national relevant de leurs compétences ». Il invoquait donc les « exigences inhérentes à la répartition des pouvoirs au sein de la structure fédérale belge ». La Cour répond, élargissant et explicitant la perspective jusque-là ouverte, qu'« il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour qu'une autorité d'un État membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne, y compris celles découlant de l'organisation constitutionnelle de cet État, pour justifier l'inobservation des obligations résultant du droit communautaire (79) ». Ceci renvoie à l'arrêt *Portugal c. Commission* (*Açores (*80*)*) cité en exemple par l'avocat général dans l'affaire *UGT-Rioja (*81*)* en ce qu'il illustrerait parfaitement le

(75) C.J.C.E., 2 juillet 1996, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-473/93, *Rec.*, p. I-3248.
(76) Art. 4.2 TUE.
(77) Pour cette vision gigogne, *cf.* not. les concl. de M. Poiares Maduro sous l'arrêt C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07, *Rec.*, p. I-9999, ou celles d'Y. Bot dans *Melloni* (C.J.U.E., 26 février 2013, aff. C-399/11, *nep*). Sur l'ensemble de cette jurisprudence, *cf.* M. Blanquet, « Mêmeté et ipséité constitutionnelle dans l'Union européenne », *Mélanges Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, p. 53.
(78) C.J.C.E., 1er avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, aff. C-212/06, *Rec.*, p. I-1683.
(79) Pt 58.
(80) C.J.C.E., 6 septembre 2006, *Portugal c. Commission (Açores)*, aff. C-88/03, *Rec.*, p. I-7115.
(81) C.J.C.E., 11 septembre 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja e.a.*, aff. C-428/06 à C-434/06, *Rec.*, p. I-6747.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

« juste équilibre » entre le principe de respect de l'identité nationale interdisant à l'Union de porter atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État membre, que celui-ci soit centralisé ou fédéral, et d'influencer la répartition des compétences au sein d'un État membre, et le principe selon lequel un État membre ne saurait se fonder sur des dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne, y compris celles découlant de son organisation constitutionnelle, pour justifier l'inobservation des obligations résultant du droit communautaire (82). Cette recherche d'équilibre est significative de la démarche, qui ne saurait consister en une non-application du droit de l'Union. La Cour de justice transforme l'identité constitutionnelle – sanctuarisation de droits constitutionnels nationaux échappant à toute emprise européenne en une obligation découlant de la nature même de l'Union et obligeant donc celle-ci à respecter l'identité nationale des États membres, la Cour acceptant, donc, les mesures nationales contraires au droit de l'Union, mais sous la condition de son propre contrôle. On n'est plus dans la non-application du droit de l'Union, mais dans une application particulière et souple du droit de l'Union, le juge ultime restant la Cour de justice.

Faut-il pour autant saluer là la transformation d'une jurisprudence de rupture (la jurisprudence nationale de l'identité constitutionnelle) en une jurisprudence de convergence (la légitimité de la sauvegarde par les États membres de leur identité nationale, y compris constitutionnelle, sous le contrôle de la Cour de justice) ? Rien n'est moins sûr. On observe, en effet, des stratégies opposées, par exemple, du Conseil constitutionnel qui proclame de manière solennelle, mais générale, le principe de sa compétence de réserve en cas d'atteinte à une *identité constitutionnelle* dont il évite soigneusement de préciser le contenu, et la Cour de justice qui admet au cas par cas la légitimité pour les États membres d'invoquer la protection de leur *identité nationale*, y compris pour des problèmes indiscutablement constitutionnels, mais sans mentionner explicitement l'existence d'un principe général de respect par l'Union de l'*identité constitutionnelle* des États membres (83), sans doute pour éviter le risque d'interprétation hâtive en termes de non-primauté du droit de l'Union sur les constitutions nationales, ce qui n'est pas le problème, puisqu'on peut déduire, par exemple, de la jurisprudence en termes de noyau dur identitaire, que le droit de l'Union l'emporte sur la Constitution, à la seule exception d'une atteinte à ces principes particuliers inséparables de l'identité constitutionnelle.

Symétriquement, si les juridictions constitutionnelles, à l'image du Conseil constitutionnel, ne manquent pas de soutenir leur démarche par la référence à l'article 4 TUE, elles utilisent le concept d'identité constitutionnelle et non d'identité nationale, de manière à préserver de toute intrusion de la Cour de justice leur compétence d'interprétation.

(82) Pt 56.

(83) Le Tribunal a utilisé l'expression d'identité constitutionnelle, mais sans que cela doive donner lieu à véritable interprétation, dans un arrêt TUE, 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais c. Commission*, aff. jtes T-267/08 et T-279/08, *Rec.*, II-1999.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Ainsi, malgré les liens conceptuels (les différents qualificatifs de l'identité) et procéduraux (avec cette tendance récente au dialogue préjudiciel), se maintiennent pour l'instant deux discours assez obstinément distincts, le discours national de l'identité constitutionnelle et le discours européen de l'identité nationale. Il est vraisemblable que la Cour de justice se montre plus explicite un jour, à l'image de ce que font déjà ses avocats généraux (84), pour inclure l'identité constitutionnelle dans la notion d'identité nationale relevant du droit de l'Union et, donc, de son contrôle, mais ce sera alors directement opposé à l'objectif poursuivi par les invocations nationales de la notion, ce qui laisse mal augurer de ce que pourrait être la réaction des cours constitutionnelles.

C. – La protection équivalente des droits fondamentaux : le malaise du juge constitutionnel

La question du niveau de protection des droits fondamentaux est au cœur de la problématique des relations entre le droit de l'Union et le droit constitutionnel des États membres. On peut considérer de manière générale que le juge constitutionnel des droits fondamentaux a accepté l'emprise du droit de l'Union européenne parce que l'ordre juridique de l'Union assure une protection des droits fondamentaux équivalant à celle que garantit l'ordre constitutionnel. La protection équivalente est tantôt présumée de manière globale (85), soit constatée droit par droit, individuellement (86), ce qui conduit le juge national à ne pas exercer son contrôle, sous réserve cependant d'un renversement de la présomption ou d'un constat particulier d'absence de protection équivalente. Certes, la Cour de justice, elle, ne relativise pas la primauté du droit de l'Union au regard de cette éventuelle équivalence, mais c'est bien pour conforter un tel raisonnement qu'elle a développé sa jurisprudence sur les principes généraux du droit de l'Union, vecteurs des droits fondamentaux s'inspirant de la CEDH et des traditions constitutionnelles communes.

Le premier renvoi préjudiciel de la Cour constitutionnelle espagnole dans l'affaire *Melloni* offre le tableau d'une situation particulièrement tendue, contrairement à l'image qui en est souvent donnée : bonne volonté de dialogue du juge constitutionnel, réponse de la Cour de justice et alignement du juge *a quo*.

(84) Voy. *supra*.

(85) C'est le cas pour le Tribunal constitutionnel fédéral allemand, *Solange II et III*, arrêts préc. ; *idem* pour le Tribunal constitutionnel polonais, 16 novembre 2011, SK 45/09.

(86) C'est le cas avec l'arrêt *Arcelor* du Conseil d'État français du 8 février 2007 expliquant de façon très claire comment s'opère la translation du contrôle de constitutionnalité (en l'occurrence, sur un acte administratif) dès lors que le contrôle s'exerce sur un droit ou un principe à la fois consacré dans la Constitution et au niveau du droit de l'Union, dès lors qu'existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Dans cette affaire, s'agissant des droits d'une personne condamnée par défaut dans les conditions qui avaient été celles de M. Melloni en Italie, le standard constitutionnel espagnol garantissait à celui-ci le droit à un second procès alors que le droit de l'Union permettait de le priver de ce droit. On est donc là dans la situation d'un standard constitutionnel de protection indiscutablement supérieur à celui offert par le droit de l'Union, et la Cour a choisi une interprétation *a priori* pragmatique et conciliante, mais, en réalité, très ferme et relevant d'une logique de contre-limites. L'idée est que, lorsqu'il s'agit de prendre des mesures nationales de mise en œuvre d'un acte de l'Union, il est permis « aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux ». Donc, la règle de conflit du standard le plus protecteur est admise, mais c'est là qu'intervient la contre-limite : « [...] pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union (87) ». On peut résumer la position de la Cour ainsi : le niveau de protection assuré par l'Union est « suffisant (88) », notamment par une affirmation peu convaincante d'équivalence avec le niveau de protection assuré par la Convention et la Cour européenne des droits de l'homme (89), et il est commun. Toute atteinte nationale, donc individuelle, à cette protection commune est inacceptable, puisque cela détruirait l'accord réalisé entre les États membres, portant atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles entre eux, et puisque de toute façon elle serait inutile, la protection étant unanimement considérée comme suffisante.

N'entrons pas dans la discussion sur l'explication éventuellement très spécifique de cet arrêt, le contexte étant marqué par une décision spécialement prise par les États membres et à l'unanimité pour définir justement les cas dans lesquels il était possible de ne pas donner suite au MAE, de sorte que le raisonnement de la primauté du commun sur le particulier s'impose tout particulièrement ici (90). Mais comment a été reçue cette réponse par le juge *a quo* à qui la Cour de justice demande d'écarter sa conception plus protectrice du droit à un procès équitable découlant jusque-là de l'interprétation de l'article 24, paragraphe 2, de la Constitution espagnole ? Il suffit de considérer la réaction du Tribunal constitutionnel espagnol, le 13 février 2014 (91), pour mesurer sa frustration. Formellement, certes, il suit l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice en rejetant le recours de *Melloni* par un réexamen de sa conception du cœur substantiel des droits

(87) Pt 60.

(88) La formule est moins nette dans l'arrêt, mais, dans les conclusions, c'est explicite : « Nous estimons que le standard de protection retenu par le législateur de l'Union est suffisant... » (pt 83).

(89) Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme semblent n'admettre la renonciation au droit d'être présent à son procès pénal que dans des cas particuliers et avec réticence.

(90) Le contexte du MAE explique aussi l'exigence de confiance mutuelle. Sur cet arrêt, *cf.* not. le commentaire d'E. Dubout, *Cah. dr. eur.*, 2013, n° 2, p. 293.

(91) Sentencia 26/2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

fondamentaux (92), la décision de la Cour de justice le conduisant donc à revoir sa propre détermination du standard de protection espagnol, en renonçant à juger qu'une décision d'extradition d'un condamné dans un autre État pour des délits graves par défaut sans que celui-ci puisse y bénéficier d'un droit de recours porte atteinte au cœur substantiel du droit à un procès équitable, mais il est impressionnant de voir comment il « répond » à l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice. Le Tribunal constitutionnel manifeste une certaine désinvolture vis-à-vis de cet arrêt préjudiciel de la Cour de justice. Il rappelle qu'il fait partie des juridictions au sens de l'article 267 TFUE, qu'il a donc posé des questions préjudicielles en interprétation comme en validité à la Cour, que celle-ci lui a répondu et que cette réponse « [lui] sera d'une grande utilité »… La formule est remarquable. De surcroît, il indique sans complexe qu'il lui appartient de « compléter la réponse de la Cour de justice » par sa propre doctrine établie par sa déclaration 1/2004 du 13 décembre 2004, c'est-à-dire la version espagnole des contre-limites à l'intégration, soulignant les limites matérielles de la « cession constitutionnelle » réalisée par l'article 93 de la Constitution (93).

Et le Tribunal constitutionnel « souligne » que la primauté du droit de l'Union « juridictionnellement proclamée » concerne un ordre juridique se construisant « sur les valeurs communes des Constitutions des États membres et de leurs traditions constitutionnelles communes », ce qui l'a conduit à préciser, notamment en 2004, que le droit de l'Union lui-même doit garantir ce qui est le présupposé de sa primauté, à savoir le respect des structures constitutionnelles fondamentales nationales parmi lesquelles figurent les droits fondamentaux. Il ajoute que la Constitution exige donc que l'ordre juridique accepté comme conséquence de la cession constitutionnelle de l'article 93 « soit compatible avec ses principes et valeurs fondamentales ».

Donc, alors que ses questions préjudicielles ne se plaçaient pas sur le terrain de l'identité constitutionnelle des États membres, la réponse à la réponse du juge constitutionnel espagnol rejoint ce terrain (94). Et il rappelle aussi ce qui découle expressément de sa déclaration de 2004, c'est-à-dire le fait que, même si c'est « difficilement concevable », si devait se produire une situation dans laquelle le droit de l'Union serait incompatible avec la Constitution espagnole sans que le contrôle européen de validité par rapport au droit primaire de l'Union puisse porter remède à cette situation, alors le Tribunal constitutionnel n'aurait d'autre solution, en dernier ressort, que d'appliquer les procédures constitutionnelles pertinentes, ce qui est encore

(92) Dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol, le contenu des droits fondamentaux est déterminé de manière restrictive quand ils sont envisagés dans le contexte d'accords internationaux liant l'Espagne. Dans un tel cas, il n'y aura violation indirecte de ces droits que si les « exigences absolues » en découlant sont atteintes.

(93) Respect de la souveraineté de l'État, des structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et principes fondamentaux consacrés dans la Constitution.

(94) L'avocat général avait estimé que, si le gouvernement espagnol avait soulevé dans ses observations l'argument de l'identité constitutionnelle, la solution de la Cour de justice aurait peut-être été différente.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

une manière d'affirmer qu'il n'est pas irrémédiablement soumis par rapport aux décisions de la Cour de justice.

En somme le juge espagnol suit la réponse de la Cour de justice en affirmant qu'il ne le fait que parce qu'il le veut bien, qu'il aurait pu ne pas le faire et que, s'il le fait, c'est parce que sa doctrine sur le cas d'espèce a évolué, l'arrêt préjudiciel étant un facteur parmi d'autres d'évolution (95). En effet, il considère qu'il doit réviser sa conception du cœur substantiel du droit à un procès équitable dans le contexte des accords liant l'Espagne et met à égalité la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union ; il s'appuie sur cinq décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, dont une seule comptait parmi les trois qu'avait évoquées la Cour de justice dans l'arrêt préjudiciel, et sur deux arrêts de la Cour de justice dont l'arrêt préjudiciel. Et le Tribunal constitutionnel précise que ce sont là des « critères herméneutiques » lui permettant de délimiter la part essentielle du droit fondamental en cause.

Il répond finalement à l'intransigeance de la Cour de justice en dégainant de nouveau sa déclaration de 2004 sur les limites matérielles à l'intégration. Une opinion dissidente de l'un de ses juges a critiqué cette décision qui, pour lui, rejette l'autorité de la Cour de justice et remet même en cause la primauté du droit de l'Union, pourtant soulignée par l'arrêt préjudiciel, le « complément » de 2004 pouvant s'interpréter comme l'adhésion au principe d'application du niveau de protection le plus élevé en excluant les « contre-limites » mentionnées par la Cour de justice. Une autre opinion dissidente conclut que le Tribunal constitutionnel n'a pas « assumé son rôle de juge européen ».

Ambiance…

(95) Le rapport pour la France au XVI[e] Congrès des cours constitutionnelles européennes (mai 2014 à Vienne), dans le même esprit, indique qu'« aucune disposition n'impose au Conseil constitutionnel de prendre en compte les décisions des Cours européennes. L'influence des décisions des Cours européennes résulte de leur autorité persuasive et peut constituer ainsi une source d'inspiration pour le Conseil constitutionnel ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

VERS UN DROIT EUROPÉEN DES PERSONNES ?

Jean-Yves CARLIER

Professeur aux Universités de Louvain et de Liège

Cette interrogation est-elle légitime ? Peut-on à ce point anticiper et s'interroger sur la construction d'un droit européen des personnes, au-delà de la classique liberté de circulation des personnes et au-delà même de la notion, plus récente, de citoyenneté européenne ? En particulier, cette interrogation respecte-t-elle le souci de la mesure qui a caractérisé les travaux du professeur Blumann, dédicataire du présent hommage ? Répondre par la négative serait nier, au-delà de la mesure, la perspicacité de Claude Blumann dans l'évolution du droit européen et l'importance qu'il attribue aux droits de la personne humaine en général. Les nombreuses éditions du, désormais classique, traité de *Droit matériel de l'Union européenne*, construit avec Louis Dubouis, ont fait une place importante à la personne, non seulement quantitativement, mais aussi qualitativement. La première partie du volume est titrée « Les personnes » et précède « Les marchandises », « Les services », « La concurrence » et « Les relations extérieures » (1). Le traité souligne, en introduction, que « le droit de l'Union n'est plus seulement ce droit économique [...]. Il s'affirme aussi comme le droit des personnes, s'attachant non seulement à respecter les libertés fondamentales de la personne humaine mais encore à développer ses droits économiques et sociaux et, plus récemment, la citoyenneté européenne » (2). Les auteurs notent que « le droit de l'Union place de plus en plus au centre de ses règles la prise en considération de la personne humaine », ajoutant que « la finalité politique de l'Union s'affiche clairement au travers de la citoyenneté européenne naissante, qui vient s'ajouter à un système déjà développé de libertés et de protections de la personne » (3).

L'interrogation n'est d'ailleurs pas neuve. Début février 1993, le département de droit international de l'Université de Louvain organisait un colloque titré « Les personnes : quelle place dans l'Europe de 1993 ? », en abordant notamment l'Europe sociale (François Bloeckx), l'Europe de la santé (Louis Dubouis) et la citoyenneté européenne (Joe Verhoeven) (4). La même année, l'Institut d'études juridiques européennes « Fernand Dehousse », de l'Université de Liège, organisait un colloque sous le titre « 1993, le marché

(1) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 2012, pp. 15-246.
(2) *Ibid.*, p. 13.
(3) *Ibid.*, p. 15.
(4) *Ann. Dr.*, 1993/2, pp. 99-353.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

unique et l'Europe des personnes » (5). L'échéance du 31 décembre 1992 pour la suppression des contrôles aux frontières intérieures à ce marché unique n'était pas étrangère à ces différentes manifestations scientifiques. On notera aussi que, parmi les recueils de textes législatifs, Dalloz avait publié un *Code européen des personnes* qui rassemblait, sous la direction de Gérard Druesne, « les principaux textes du droit communautaire applicables aux personnes physiques ». Il fut abandonné après sa deuxième édition en 1996 (6).

Mais une chose est de constater que le droit européen a, de façon évolutive, étendu le champ personnel et matériel des droits reconnus aux personnes, autre chose est d'y déceler les prémisses d'un véritable droit européen des personnes. Cette question guidait déjà les contributions réunies en 2005 dans l'*Annuaire de droit européen*, sous la responsabilité d'Hélène Gaudin, qui les a introduites par un article titré « La personne, sujet du droit européen, sujet de droit européen » (7). Plus récemment, en 2012-2013, cette interrogation a fait l'objet de quelques rencontres des européanistes de l'École de droit de la Sorbonne, organisées par les professeurs Étienne Pataut et Ségolène Barbou des Places (8). Le titre du séminaire de conclusion, animé par les professeurs Sophie Robin-Olivier et Loïc Azoulai, était révélateur : « La personne et l'Union européenne : renouveau ou brouillage des catégories ? » Par ailleurs, dans les facultés, si quelques programmes académiques comportent un cours ou séminaire titré « Droit européen des personnes », c'est, le plus souvent, pour y aborder les droits de l'homme.

En résumé, si le questionnement sur l'existence d'un droit européen des personnes est légitime, la réponse est incertaine. Sans doute, un droit européen des personnes est-il en construction, de par l'« évolutionnisme » du droit de l'Union européenne. Déterminer la forme et le contenu que prend progressivement ce droit européen des personnes est malaisé, du fait même d'une construction évolutive dans laquelle le rôle de la jurisprudence, mosaïque de cas d'espèce, est prépondérant. Tout au plus peut-on ici tenter de définir les mots qui composent cette notion de droit européen des personnes (I) et d'en cerner le sens (II).

I. – Les mots

En première phrase de la partie du traité de droit matériel consacré aux personnes, Dubouis et Blumann rappellent que, « dans la langue juridique, il est peu de termes d'un usage plus courant que celui de personne » (9). Il convient donc de le définir (A), de préciser les droits qui y sont attachés (B) et de les situer dans le contexte du droit européen (C).

(5) *Act. dr.*, revue de la Faculté de droit de Liège, 1994-2, pp. 139-482.
(6) *Code européen des personnes*, Paris, Dalloz, 1994, et 2e éd., 1996.
(7) *Annuaire de droit européen*, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 3.
(8) Ces séminaires n'ont pas donné lieu à publication.
(9) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 15.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

A. – Personne

Entre le nom féminin désignant un être (je suis une personne) et le pronom signifiant l'absence d'être (il n'y a personne), le droit ayant, plus encore que la nature, horreur du vide, c'est le premier sens qui sera retenu. Il n'empêche, l'ambiguïté du mot « personne », dont Homère joue dans l'Odyssée par la réponse d'Ulysse au Cyclope, indique à suffisance la polysémie du terme (10). C'est du grec *prosopon* (πρόσωπον) signifiant figure, face, mais aussi masque de théâtre (11), en passant par le latin *persona*, que nous vient le mot « personne ». Point n'est besoin d'opposer les deux aspects de la personne et de croire qu'il convient de vivre caché sous le masque pour ne pas perdre la face. Il s'agit bien des deux faces d'une même médaille qui ne révèle sa valeur qu'en son ensemble. Cette polysémie rend plaisante la recherche du rôle qu'il convient d'attribuer à ce « personnage » en droit de l'Union européenne. Seule la personne physique nous intéressera ici. À elle seule, elle couvre déjà ce double sens. Le masque ne figure-t-il pas la place de la personne dans la société, la personne comme acteur de la vie sociale et juridique ? Sous le masque se trouvent l'individu et les droits attachés à sa personnalité.

B. – Droit

En droit contemporain, l'opposition entre les deux aspects de la personne, intime et sociale, privée et publique, s'atténue. La liaison est devenue « de plus en plus étroite entre personne humaine et personne juridique » (12). Certes, les rédacteurs du Code Napoléon, sous le Livre I^er^ consacré aux personnes, envisageaient pour l'essentiel leur place dans la société civile et même au-delà en précisant au préalable dans les règles générales, au titre de règle de conflit de lois, cette place dans le monde : « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers » (art. 3, al. 3, C. civ.). Mais l'évolution des droits de l'homme conduira à envisager la personne non plus seulement « comme acteur de la vie juridique, mais aussi dans ce qui fait son être, son individualité » (13). Concernant les droits de la personnalité, le « droit au respect de la vie privée » intègre le Code civil français, en son article 9, par la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 « tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens » dont l'essentiel des dispositions concerne les garanties de l'individu

(10) Homère, *Odyssée*, Belles Lettres, 1924, trad. V. Bérard, chant IX, vers 365 (pour une édition superbement illustrée par le peintre contemporain Mimmo Paladino, Paris, Diane de Sellers, 2001) : « Tu veux savoir mon nom le plus connu Cyclope ? Je m'en vais te le dire ; mais tu me donneras le présent annoncé. C'est Personne (outis, Οὖτις) mon nom : oui ! Mon père et ma mère et tous mes compagnons m'ont surnommé Personne (outin, Οὖτιν). L'œil du Cyclope percé, celui-ci crie : "La ruse, mes amis ! La ruse ! Et non la force ! Et qui me tue ? Personne !", Ulysse ajoute : "Je riais tout bas : c'est mon nom de Personne et mon perçant esprit qui l'avaient abusé !" ».

(11) A. Bailly, *Dictionnaire grec-français*, Paris, Hachette, 1971, p. 759.

(12) A. Lefebvre-Teillard, « Personne », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1153.

(13) *Ibid.*, p. 1152.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

lorsqu'il doit rendre des comptes à la société dans le cadre de procédures pénales. Le bilan est évident. Il ne s'agit pas d'opposer la personne à la société, mais de peser, sur la balance du droit, les intérêts divers, parfois convergents, parfois divergents.

Si la personne doit être vue dans sa complexité individuelle et sociale, le droit classera les personnes selon leur qualité de bénéficiaires. Dans certains ordres juridiques, il sera question du droit des personnes et de la famille pour désigner l'état et la capacité des personnes dans la société civile. Dans d'autres, en particulier au Canada, les droits de la personne désigneront davantage les droits de l'homme et, donc, de toute personne. De façon générale, tous les ordres juridiques auront recours à la classification entre l'intérieur et l'extérieur, le national et l'étranger. Comme dans d'autres domaines du droit, la dichotomie de cette classification binaire s'affaiblit en reconnaissant différentes catégories d'étrangers plus ou moins proches du national. La citoyenneté européenne en est un exemple, puisque est citoyen européen « toute personne » ayant la nationalité d'un État membre (art. 20 TFUE). Depuis l'origine du droit « communautaire », les personnes sont un élément important de cet « ensemble composite » qui caractérise la construction européenne (14). La reconnaissance de droits, directement aux ressortissants des États membres, est rapide (15). La consécration d'une citoyenneté européenne affranchit davantage encore les personnes du cadre juridique national. Certains droits du citoyen, comme le droit de pétition et l'accès au médiateur européen, sont expressément étendus à toute personne résidant sur le territoire de l'Union, offrant « une illustration de l'ambiguïté intrinsèque de la notion de citoyenneté européenne » (16). Toutefois, en droit européen, l'expression « droit des personnes » n'apparaît que rarement. Tantôt, dans les textes, elle désigne les droits protégeant certaines catégories de personnes vulnérables, en particulier les minorités (17), les personnes âgées (18) et les personnes handicapées (19). Tantôt, dans la jurisprudence, elle permet de rattacher la personne à une catégorie relevant du champ d'application du droit communautaire ou de l'Union. Ainsi, dans *Bouchereau*, un des premiers arrêts relatifs à l'exception d'ordre public, la Cour précise qu'il y a lieu d'entendre, par « mesure » d'ordre public, « tout acte affectant le *droit des personnes* relevant du

(14) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2013, p. 65.

(15) C.J., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. C-26/62, *Rec.*, 1963, p. I-1 ; 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. C-6/64, *Rec.*, 1964, p. I-1141.

(16) Cl. Blumann, « Médiateur européen », in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 558.

(17) Art. 2 TUE.

(18) Art. 25 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(19) *Ibid.*, art. 26 et directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JO*, L 303, 2000, p. 16, art. 5, « Aménagements raisonnables pour les personnes handicapées », et art. 7, § 2, « Action positive et mesures spécifiques [...] en ce qui concerne les personnes handicapées ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

champ d'application de l'article 48 CEE d'entrer et de séjourner librement dans les États membres » (20). Tel fut bien le premier droit reconnu aux personnes par la Communauté économique européenne : la libre circulation des agents économiques. L'élargissement considérable de cette liberté n'est plus à démontrer. Il a concerné son champ personnel, du travailleur à toute personne, en passant par le citoyen. Cette évolution s'est accompagnée d'un élargissement du champ matériel des droits économiques et sociaux à certains droits civils, comme le port du nom (21). Les observateurs avisés, comme Marc Fallon (22) ou Claude Blumann (23), pouvaient noter l'évolution sensible d'un « marché », celui de la Communauté et de l'Acte unique, vers un « espace », celui de l'Union. Cet « espace », inscrit dans un ordre juridique propre, permet-il le développement d'un droit européen des personnes ?

C. – Européen

La doctrine propose une définition large du droit européen des personnes qui désigne « l'ensemble des normes régissant la condition des personnes » et parmi lesquelles on trouve « le droit du marché intérieur, le droit de la citoyenneté, le droit adopté dans le cadre de la politique d'immigration ou encore des règles sur le mandat d'arrêt européen » (24). La partie du traité de *Droit matériel de l'Union européenne* de Dubouis et Blumann consacrée aux personnes comporte, dans l'ordre, la citoyenneté européenne, les libertés (de circulation et de séjour, professionnelle), les protections (sociale, des consommateurs, de la santé, de l'environnement, de la culture). En d'autres termes, il s'agit bien des droits de la personne dans sa complexité, tant ceux liés à son autonomie (d'être, d'aller et de venir) que ceux liés à sa sociabilité (d'être avec, en famille et en société).

Au-delà du contenu des droits, il est utile de préciser ce que recouvre l'adjectif « européen » qualifiant ce droit des personnes. Il s'agit, bien sûr, du droit de l'Union, ordre juridique propre. On sait toutefois que, dans un cadre pluraliste, l'application du droit se fait par une approche contextualisée et dynamique (25). L'application contextualisée du droit de l'Union sera non seulement entourée du droit national et du droit international, mais sera aussi accompagnée du droit de la Convention européenne des droits

(20) C.J., 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. C-30/77, *Rec.*, 1977, p. 1999, pt 21.
(21) C.J., 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec.*, 2003, p. I-11613.
(22) M. Fallon, « Les droits accessoires à l'exercice des droits économiques de la personne dans la Communauté », colloque « Les personnes : quelle place dans l'Union européenne ? », *Ann. Dr.*, 1993, p. 235, spéc. p. 252.
(23) Cl. Blumann, « Citoyenneté européenne et déficit démocratique », in C. Philip et P. Soldatos (dir.), *La citoyenneté européenne*, colloque organisé en 1998 à l'Université Jean-Moulin Lyon 3 avec la Chaire Jean Monnet de l'Université de Montréal et la CEDECE que Claude Blumann présidait, Montréal, 2000, p. 227, spéc. p. 235.
(24) S. Barbou des Places, « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *R.A.E.*, 2013, p. 689.
(25) J.-S. Bergé, *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de l'homme, voire de la Charte sociale européenne. Dans une sorte de distribution des cartes qui ouvrent le jeu, la Cour de justice ne se prive pas soit d'interpréter le droit de l'Union à la lumière de ces autres droits, soit d'inviter le juge national à examiner ces autres droits, si elle estime être hors champ du droit de l'Union.

Voici un exemple de chaque approche récemment appliquée à certains droits des personnes. À propos de la protection internationale en matière d'asile, la Cour est amenée, dans un arrêt *Diakité*, à s'interroger sur la notion de conflit armé interne ouvrant droit, en cas de violences aveugles, à une protection internationale subsidiaire à la Convention de Genève relative aux réfugiés, protection inscrite à l'article 15, sous c), de la directive « qualification » (26). Dans ses conclusions, l'Avocat général Mengozzi analyse longuement l'alternative entre une interprétation de la notion de « conflit armé interne » conforme au droit international humanitaire et une interprétation autonome propre au droit de l'Union (27). S'il choisit la deuxième branche, en étant suivi par la Cour, ce n'est nullement au motif du rejet de l'interprétation conforme au prétexte que l'Union ne serait pas partie aux conventions de Genève de droit international humanitaire. Il est intéressant de noter que l'avocat général souligne que, selon la jurisprudence de la Cour internationale de justice, les principes contenus dans les conventions de Genève relatives au droit international humanitaire constituent des « principes intransgressibles du droit international coutumier ». En conséquence, même si l'Union n'est pas partie aux conventions de Genève, ces textes « lient les institutions y compris la Cour qui doit assurer une lecture du droit de l'Union conforme à ces principes ». Si l'interprétation conforme n'est pas retenue en l'espèce, c'est plutôt parce que telle interprétation nécessite une « cohérence herméneutique entre les différents actes en question » (28). Or, ce n'est pas le cas parce que « le droit international humanitaire et le régime de la protection subsidiaire prévu par la directive poursuivent des buts différents et instituent des mécanismes de protection clairement séparés » (29). Dit autrement, l'un est un droit de la guerre (*ius in bello*), alors que l'autre est un droit de recherche de paix par un lieu d'asile en dehors de la guerre. Cette approche permet à la Cour de renforcer le caractère protectionnel du droit de l'Union en élargissant la notion de conflit armé, sans exiger un conflit d'une durée particulière entre forces armées organisées. L'arrêt *Diakité* illustre la complexité des relations entre le droit de l'Union et les autres droits, ici le droit international.

(26) C.J., 30 janvier 2014, *Diakité*, aff. C-285/12, non encore publ., et directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugiés ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, *JO*, L 304, 2004, p. 12, dite directive « qualification », ayant fait l'objet d'une refonte, mais sans modification sur ce point, par la directive 2011/95 du 13 décembre 2011, *JO*, L 337, 2011, p. 9.

(27) Concl. du 18 juillet 2013.

(28) *Ibid.*, pts 24-28.

(29) Arrêt *Diakité* préc., pt 24.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Le deuxième exemple illustre, comme en complément, la complexité procédurale dans la détermination du périmètre de compétence des différents juges pour l'interprétation des différentes sources. L'exemple concerne le droit au regroupement familial avec un citoyen européen, en particulier lorsque celui-ci n'a pas fait usage de sa liberté de circulation. Si, depuis la jurisprudence *Ruiz Zambrano* (30), la Cour admet d'entrer en matière sur la discrimination à rebours, ce ne sera que de manière très exceptionnelle, dans la seule mesure où « la jouissance effective de l'essentiel des droits du citoyen » est atteinte « par la circonstance que le citoyen se voit obligé de quitter le territoire [...] de l'Union » (31). Viennent ensuite les cartes distribuées au juge national. S'il « considère [...] que la situation [...] relève du droit de l'Union, il devra examiner si le refus du droit de séjour [des membres de la famille] porte atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale prévu à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En revanche, s'il considère que la situation ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, il devra poursuivre un tel examen à la lumière de l'article 8 paragraphe 1 CEDH » (32). Cette alternative paraît très théorique et critiquable dans la mesure où, *a priori*, le droit de l'Union a déjà été déclaré hors jeu. On pourrait envisager une entrée plus souple « dans le champ d'application » du droit de l'Union, telle que la Cour l'a proposée dans l'arrêt *Fransson* (33). Mais là n'est pas l'essentiel pour le présent propos. Il faut ici, simplement, prendre acte d'une nouvelle complexité, celle combinant les interprètes et les sources du droit européen. Le droit de l'Union européenne s'insère dans le réseau complexe des droits nationaux, du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit international. Dès 1969, François Rigaux soulignait cette complexité et son incidence sur les personnes, sujets de droit. Voici un extrait assez long qui permet de rendre également hommage à la perspicacité de ce maître disparu en décembre 2013 :

> « Imposant à des destinataires aussi variés que les *États* et leurs *sujets*, des règles de droit spécifiques élaborées par des organes appropriés, l'*ordre juridique communautaire* ne saurait être conçu comme s'il était simplement juxtaposé aux ordres nationaux ou comme s'il occupait une position intermédiaire, à mi-chemin de ceux-ci et du *droit international général*, et ce, suivant une conception hiérarchique des trois ordres. Les réalités sociales ne se laissent pas réduire à une vue géométrique des rapports institutionnels et les notions de juxtaposition et de superposition sont impuissantes à figurer la vie complexe qui les anime. Il est permis de croire, plutôt, que le droit communautaire a déjà modifié les relations entre les États et leurs sujets et aussi entre ces sujets eux-mêmes » (34).

Au sein de cette complexité, quel sens donner, en 2014, à la notion de droit européen des personnes ?

(30) C.J., 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, *Rec.*, p. I-01177.
(31) C.J., 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, non encore publ., pt 66.
(32) *Ibid.*, pt 72.
(33) C.J., 6 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, non encore publ.
(34) Fr. Rigaux, « La nature juridique des communautés », in W. J. Ganshof van der Meersch (dir.), *Les Novelles*, *Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, pp. 27 et s., spéc. p. 39 (italiques ajoutés).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

II. – Le sens

Tenter de cerner le sens de l'expression « droit européen des personnes » ne consiste pas tant à déterminer la matière précise des règles du droit européen déjà énumérées ci-dessus qui concerneraient les personnes. Il s'agit davantage d'en tracer les contours, d'en esquisser les formes, d'analyser le contenant plus que le contenu. Il pourrait y aller de règles de droit matériel uniforme ou de règles de rattachement. Les premières sont des commandements précis offrant des solutions immédiates aux situations de fait, juridiquement qualifiées. Certaines règles relatives à la protection des droits de catégories de personnes vulnérables comme les consommateurs sont de cette nature. Les secondes sont des aiguillages qui, par des techniques de rattachement et des règles procédurales, donnent une direction, désignant l'ordre juridique et le droit matériel qui régira le cas d'espèce. Ce type de règle paraît dominant dans la construction d'un droit européen des personnes. Il permet de rattacher la personne, prise dans ses rapports privés ou sociaux, à un ou à plusieurs ordres juridiques potentiellement intéressés : le droit de l'Union européenne lui-même, le droit international dont celui de la Convention européenne des droits de l'homme, les droits nationaux, voire régionaux ou locaux. Certes, il y a aussi en droit européen des personnes des tentatives d'uniformisation de règles matérielles. Quelques projets de Code civil européen ou de *ius commune* sont proposés (35). Plus développées en droit des contrats, ces codifications demeurent hypothétiques dans les autres domaines du droit privé, en particulier en droit des personnes et de la famille. Plus qu'à uniformiser les droits substantiels nationaux, le droit européen des personnes paraît se développer comme un droit cadre. Ce droit cadre a une double fonction de rattachement : aux droits nationaux (A) et au droit européen (B).

A. – Un droit de rattachement national

Dans cette fonction, le droit européen rattache la personne à un droit national. Le rattachement à un ordre juridique étatique relève de la discipline classique du droit international privé. L'européanisation de cette matière est évidente. On peut déjà compter une petite trentaine de règles générales européennes en matière de compétence internationale et de conflits

(35) A. Wijffels (dir.), *Le Code civil entre* ius commune *et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005. Contre l'idée d'un Code civil européen, P. Legrand, « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *R.I.D.C.*, 1996, p. 779. Pour, C. von Bar, « Le groupe d'études sur un Code civil européen », *R.I.D.C.*, 2001, p. 127. Pour une analyse des problèmes soulevés par une approche comparatiste du droit privé des États membres, voy. L. Niglia, « Beyond enchantment – The possibility of a new European private law », *YEL*, Oxford, Clarendon Press, 2009, p. 60. Pour l'hypothèse d'un ordre juridique de droit privé européen, principalement processuel et accessoirement substantiel, voy. E. Jeuland, « Brèves remarques sur la qualification de l'espace judiciaire européen en un ordre juridique interétatique de droit privé », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 435.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de lois (36). Certaines concernent plus directement les personnes comme les règlements Bruxelles II*bis* (37) et Rome III (38). Ce dernier, relatif aux conflits de lois en matière de divorce, comporte une double particularité, institutionnelle et matérielle. Du point de vue institutionnel, comme son titre l'indique, il s'agit d'un texte, et même du premier texte, adopté dans le cadre de la coopération renforcée. Ce n'est pas la première fois que des manières de coopération renforcée permettent flexibilité et différenciation dans des domaines touchant au droit des personnes. Il suffit de songer aux périodes transitoires en matière de libre circulation des travailleurs, au processus Schengen, aux différents dispositifs d'option dans le domaine de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (39). Mais Rome III est la première adoption formelle d'une coopération renforcée. La décision du Conseil du 12 juillet 2010 autorisant la coopération renforcée énumère dans ses considérants les différentes conditions visées aux articles 20 TUE et 326 à 334 TFUE, en particulier l'impossibilité d'atteindre les objectifs recherchés dans un délai raisonnable en raison de « difficultés insurmontables, rendant impossible [...] toute unanimité » (40). Ce constat, qui confirme celui qui conduisit aux formes antérieures de coopérations renforcées, illustre la tendance naturelle à privilégier, dans le domaine du droit des personnes, une compétence partagée offrant un poids prépondérant aux souverainetés nationales. Ce processus de coopération renforcée ne peut « conduire à une extension des compétences de l'Union, encore moins à une quelconque forme de révision déguisée » (41). En cela, formellement, il ne participe pas à l'évolutionnisme des compétences de l'Union européenne. Mais, dans le même temps, d'une part, « la coopération renforcée offre un moyen à ceux qui le veulent et le peuvent de progresser » (42), d'autre part, c'est « une étape provisoire sur la voie d'un progrès bénéfique pour tous » (43), dans la mesure où, conformément à l'article 328, paragraphe 1er, alinéa 2, « la Commission et les États participants [...] veillent à promouvoir la participation

(36) Pour une liste et les textes, voy. J.-Y. Carlier, M. Fallon et B. Martin-Bosly, *Code de droit international privé*, 5e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 604 et s. S'y ajoutent une quarantaine de textes de droit de l'Union comportant des règles accessoires de droit international privé, *ibid.*, pp. 798 et s.

(37) Règlement (CE) no 220/2003 du 27 novembre 2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *JO*, L 338 du 23 décembre 2003.

(38) Règlement (UE) no 1259/2010 du 20 décembre 2010, du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *JO*, L 343 du 29 décembre 2010.

(39) H. Labayle, « Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées », *Europe*, mars-avril 1998.

(40) Décision 2010/405 du Conseil du 12 juillet 2010, autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *JO*, L 189 du 22 juillet 2010, cons. 4.

(41) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 485.

(42) J.-P. Jacqué, « Coopérations renforcées », *Rev. trim. dr. eur.*, 2010, p. 822.

(43) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 485.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

du plus grand nombre possible d'États membres ». Ce faisant, sans étendre directement les compétences de l'Union, ce mécanisme d'intégration par étapes participe aussi à l'évolutionnisme du droit de l'Union. Ainsi, des neuf États à l'origine du règlement Rome III, on a progressé vers une mise en application dans quinze États pour le 22 mai 2014 (44). La deuxième particularité du règlement Rome III est matérielle. L'article 5 du règlement stipule que « les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce ». Cette ouverture à l'autonomie de la volonté dans une matière de statut personnel est remarquable. Elle rappelle la possibilité offerte, par la jurisprudence, aux citoyens binationaux d'opérer un choix entre leurs deux lois nationales d'États membres pour la détermination du nom (45). L'autonomie est aussi limitée à une option de droit, ici entre la loi de (dernière) résidence habituelle des époux et la loi nationale d'un des époux. Cette limite est conforme à un principe de proximité, mais sans que cette proximité impose un lien étroit avec l'ordre juridique européen. En effet, d'une part, le champ d'application personnel du règlement s'étend à tous les époux et non aux seuls citoyens, comme le laisserait entendre erronément le préambule des deux textes (46). D'autre part, le règlement a une portée universelle de manière telle qu'il s'applique même si la loi désignée « n'est pas celle d'un État membre participant » (art. 4), voire est celle d'un État tiers à l'Union. Cette portée universelle dépasse la simple logique de marché intérieur qui guidait davantage les règlements de Bruxelles, dont le règlement Bruxelles II*bis* pour les personnes, fondés essentiellement sur les principes de confiance mutuelle et de reconnaissance (47). Du reste, le mécanisme de la reconnaissance est lui-même un rattachement indirect au lieu d'origine de la situation de droit reconnue. En certaines matières, il est susceptible d'être un moteur de l'européanisation, par exemple vers la création d'un véritable « état civil européen » (48). Mais, en outre, avec le règlement Rome III, le droit de l'Union offre à la personne la possibilité de maîtriser elle-même le rattachement ou non à l'ordre juridique d'un État membre de l'Union si elle possède la nationalité d'un État tiers ou, en particulier lorsqu'elle est citoyenne européenne, de choisir au sein de différents droits des États membres, celui auquel elle entend rattacher cet aspect de son statut personnel. Cette combinaison du principe de proximité et de l'autonomie de la volonté permet de construire un statut de la personne qui tienne compte

(44) Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Espagne, France, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Portugal, Roumanie, Slovénie.

(45) C.J., 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec.*, 2003, p. I-11613.

(46) Cons. 6 de la décision 2010/45 et cons. 9 du règlement n° 1259/2010 : « garantir aux citoyens des solutions appropriées en termes de sécurité juridique, de prévisibilité et de souplesse ».

(47) Règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit Bruxelles II*bis*), *JO*, L 338 du 23 décembre 2003.

(48) E. Pataut, « Citoyenneté européenne. Chroniques », *Rev. trim. dr. eur.*, 2014, p. 917, spéc. p. 920, commentant la proposition de règlement visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne du 24 avril 2013, *COM*(2013) 228 final.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de la variabilité des identités dans le temps et dans l'espace. En cela, ce droit international privé européen de la personne est très moderne, mettant en œuvre une recherche d'unité dans la diversité.

Le rattachement de la personne au droit d'un État membre se révèle aussi, au-delà du droit international privé européen, dans les règles classiques du droit européen de la libre circulation. Cela résulte directement des textes, notamment dans le droit du travail et de la sécurité sociale ayant retenu le rattachement dominant à la loi du lieu d'exécution du contrat de travail, règle elle-même issue de règles classiques de conflit de lois (49). Cela résulte aussi, indirectement, de la jurisprudence relative à la libre circulation des personnes. L'extension de cette libre circulation de l'agent économique, en particulier le travailleur, à toute personne, en particulier le citoyen, l'affirmation de la citoyenneté dans sa vocation à devenir le statut fondamental des ressortissants des États membres, ont conduit la Cour à développer un facteur de rattachement complémentaire à celui du lieu d'activité, lorsque celui-ci s'avérait inadapté à la situation des non actifs, en particulier les étudiants et les citoyens. Inspirée du droit international privé et du principe de proximité, la notion de « lien réel » s'est imposée (50). Elle permet de distribuer les charges liées aux droits sociaux entre l'État d'origine (de nationalité) et d'accueil (de résidence) du citoyen. Le droit de la libre circulation n'est alors plus uniquement centré sur la condamnation des discriminations dans l'État membre d'accueil, mais aussi sur la protection contre les entraves potentielles dans l'État membre d'origine. Plusieurs arrêts de 2013, relatifs aux bourses d'études à charge du pays d'origine, illustrent cette évolution (51). Ce lien étroit doit être apprécié sur la base de divers indices, non d'un seul élément : « la preuve exigée par un État membre pour faire valoir l'existence d'un lien réel d'intégration ne doit pas avoir un caractère trop exclusif, en privilégiant indûment un élément qui n'est pas nécessairement représentatif du degré réel et effectif de rattachement entre le demandeur et cet État membre » (52). Cette méthode indiciaire de rattachement de toute personne au droit d'un État membre paraît faire du « critère d'intégration sociale [un] nouvel axe du droit européen des personnes » plus que les anciennes catégorisations liées au niveau d'activité de la personne (53).

(49) Voy., déjà, art. 13, § 2, du règlement n° 1408/71 et art. 11, § 3, du règlement n° 883/2004 pour le droit social. Voy. le règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 8 pour les contrats individuels de travail (*JO*, L 177 du 4 juillet 2008). Voy. not. P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, 2e éd., Paris, LGDJ, 2014, spéc. pp. 591 et s. et pp. 674 et s.

(50) M. Fallon, « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2003, p. 241.

(51) C.J., 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, aff. C-523/11 et C-585/11 ; 24 octobre 2013, *Elrick*, aff. C-275/12 et *Thiele Meneses*, aff. C-220/12. Certains regrettent cette évolution, D. Martin, « Arrêts *Giersch* et *Prinz* : les différents statuts de l'étudiant », *J.D.E.*, 2013, p. 270, spéc. p. 273.

(52) Arrêt *Prinz et Seeberger*, préc., pt 37.

(53) S. Barbou des Places, « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *R.A.E.*, 2013, p. 689.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

On peut s'en inquiéter et y voir une dilution des droits liés au travail dans une citoyenneté plus large, mais le mouvement paraît irréversible (54).

B. – Un droit de rattachement européen

L'extension du champ de la libre circulation à toute personne a accentué le rôle procédural de la mobilité. Celle-ci est une condition préalable à l'entrée en matière du droit de l'Union lié à la libre circulation. La mobilité est facteur de rattachement au droit de l'Union en la forme d'une condition de son applicabilité. Poussant le raisonnement, on peut, avec Loïc Azoulai, considérer que le véritable « sujet des libertés de circuler n'existe que fictivement, transitoirement » de par son passage entre des ordres juridiques nationaux auxquels il sera rattaché, sous l'égide du droit de l'Union (55). Mais cette condition procédurale, nécessaire à la mise en œuvre d'une part importante du droit de l'Union relatif aux personnes, se confronte à l'extension de ce droit au-delà des agents économiques. La citoyenneté européenne, hissée au rang de statut fondamental, couplée au principe de non-discrimination en raison de la nationalité est gonflée d'aspirations nouvelles par la valeur constitutionnelle de la Charte des droits fondamentaux. Désormais, elle s'accommode mal d'importants traitements différenciés entre le citoyen mobile et le citoyen sédentaire, en particulier dans le cadre du respect de la vie familiale. La saga des affaires relatives aux discriminations à rebours (56), justifiées lorsque le seul objectif était la construction du marché intérieur (57), montre le malaise ressenti par les citoyens et les praticiens lorsque l'étalon de mesure n'est plus la mobilité, mais le droit des personnes. Libre circulation et non-discrimination, ces « éléments du statut du citoyen de l'Union européenne » affichent quelques volontés d'autonomie (58). Sans rompre, la Cour ploie. La recherche d'un « facteur de

(54) P. ex., dans C.J., 20 juin 2013, *Giersch*, aff. C-20/12. La seule qualité d'enfant de travailleur frontalier, travaillant au Luxembourg, ne suffit pas à ouvrir le droit à une bourse d'études à charge de ce pays. Si un critère de résidence au Luxembourg est excessif, d'autres critères sont nécessaires et suffisants. Ainsi, en l'espèce, « il paraît possible qu'un rattachement suffisant de l'étudiant au [...] Luxembourg [...] découle du fait que cet étudiant réside seul ou avec ses parents dans un État membre frontalier [...] et que, depuis une durée significative, ses parents travaillent au Luxembourg et vivent à proximité de ce dernier État membre » (pt 78). Dans C.J., 19 septembre 2013, *Brey*, aff. C-140/12, un « supplément compensatoire » aux ressources d'invalidité n'est pas considéré comme relevant inconditionnellement de la sécurité sociale du travailleur migrant, mais comme relevant de l'assistance sociale soumise à un critère de proximité lié à « la situation personnelle de la personne concernée » et à la « durée du séjour » (pts 67 et 69) pour mesurer si cette assistance représente une charge déraisonnable pour l'État d'accueil.

(55) L. Azoulai, « Le sujet des libertés de circuler », in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation – In varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 385, spéc. p. 410.

(56) Pour une synthèse, F. Martucci, « Situations purement internes et libertés de circulation », *ibid.*, p. 43.

(57) M. Gautier, « La discrimination à rebours, une espèce à protéger », in F. Fines, C. Gauthier et M. Gautier (dir.), *La non-discrimination entre Européens*, Paris, Pedone, 2012, p. 145.

(58) Librement emprunté au titre de thèse, A. Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination, éléments de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit de l'Union » explore de nouveaux territoires. Le plus proche est celui de la situation nationale frappée de discrimination alors qu'elle fut précédée d'un déplacement vers un autre État membre qui eût ainsi été dissuadé (59). Encore faut-il que ce déplacement corresponde à un « séjour [...] caractérisé par une effectivité suffisante » (60). Plus éloigné est le territoire de la double nationalité ouvrant à une mobilité fictive tantôt acceptée (61), tantôt rejetée (62). Mais l'exploration la plus novatrice est certainement celle qui examine si « la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union » est en cause (63). La formule a des accents constitutionnels. Elle paraît délaisser le territoire pour s'attacher prioritairement au droit des personnes. Mais le vent contraire souffle rapidement (64) et précise que « le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union se réfère à des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble » (65). Ce retour au territoire et à un critère de mobilité contrainte pour mesurer l'essentiel des droits laisse perplexe. Car, enfin, qui oserait sérieusement prétendre que l'essentiel des droits d'un enfant est en cause lorsque ses deux parents sont contraints de quitter le territoire de l'Union, et non lorsqu'un seul des deux parents est contraint de quitter le territoire de l'Union ? Or telle est très exactement la différence entre les enfants Ruiz Zambrano et les enfants Dereci. Sous le voile de la contrainte pour les enfants, citoyens

(59) C.J., 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, *Rec.*, 1992, p. I-4265 ; 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec.*, 1993, p. I-1663 ; 11 décembre 2007, *Eind*, aff. C-291/05, *Rec.*, 2007, p. I-10719.

(60) C.J., 12 mars 2014, *O. et B.*, aff. C-456/12, pt 51.

(61) C.J., 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec.*, 2003, p. I-11613 ; 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, *Rec.*, 2004, p. I-9925.

(62) C.J., 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, *Rec.*, 2011, p. I-3375.

(63) C.J., 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, *Rec.*, 2011, p. I-1177, pt 42. Parmi les commentaires, T. Bombois, « La citoyenneté européenne appliquée aux situations purement internes : portée et enjeux des arrêts *Zambrano* et *McCarthy* », *J.L.M.B.*, 2011, p. 1225 ; J.-Y. Carlier, *J.D.E.*, 2012, p. 88, n^os^ 6-13 ; *Online Journal on Free Movement of Workers within the European Union (FMW)*, 2013/5 ; S. Corneloup, « Citoyenneté européenne : la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice », *D.*, 2011, p. 1325 ; D. Dittert, « Les droits des citoyens de l'Union : vers un statut détaché de tout élément transfrontalier ? », *R.A.E.*, 2011, p. 223 ; M. Gautier, « La discrimination à rebours, une espèce à protéger », in F. Fines, C. Gauthier et M. Gautier (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, *op. cit.*, p. 145 ; K. Hailbronner et D. Thym, *Comm. M.L.R.*, 2011, p. 1253 ; J. Heymann, *Rev. Crit. dr. intern. privé*, 2012, p. 352 ; D. Martin, « L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. La Cour de justice et les situations internes à un État membre : vive la révolution ? », *RJS*, 2011, p. 450 ; « De *Zambrano* à *Dereci* : le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité », *Rev. dr. trav.*, 2012, p. 339 ; E. Pataut, *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, p. 561 ; F. Picod, *Sem. jur.*, 2011, p. 543 ; P. Van Elsuwege, « Shifting the boundaries ? European union citizenship and the scope of application of EU law », *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, p. 263.

(64) C.J., 5 mai 2011, *McCarthy*, préc.

(65) C.J., 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, *Rec.*, 2011, p. I-11315, pt 66, confirmé not. par C.J., 8 mai 2013, *Ymeraga* , aff. C-87/12, pt 36, qui s'abstient de citer *Ruiz Zambrano*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

européens, de quitter le territoire de l'Union, se cache en réalité une appréciation très variable du respect de la vie familiale. Il s'agit de situations familiales différenciées – et, à dire vrai, discriminées – selon la nationalité et la fortune. Cette appréciation différenciée est d'autant plus paradoxale que c'est dans la situation où l'un des parents est citoyen européen et dispose de moyens de subsistance suffisants (*Dereci*), soit les critères mêmes du droit de séjour du citoyen européen, que les enfants peuvent être privés de leur autre parent selon un choix jugé libre, de manière telle que l'essentiel de leurs droits ne serait point en cause. Le sourire de l'observateur de telle situation peine à couvrir les larmes que l'on devine sur le visage des enfants concernés.

La Cour pourrait utiliser d'autres voies procédurales pour entrer en matière sur des questions liées au droit des personnes. Elle peut ainsi s'adosser à la procédure constitutionnelle nationale pour estimer que la décision nationale ayant effet *erga omnes*, il lui revient de répondre à la question préjudicielle posée quand bien même les faits ne comportent pas d'autre élément de rattachement au droit de l'Union (66). Plus sobrement, elle peut, comme en matière de libre circulation des services, des marchandises ou de liberté d'établissement, estimer qu'une législation ou une pratique qui affecte un droit des personnes, comme le droit de propriété, constitue une entrave potentielle à la libre circulation des personnes (67). Mais, tout bien pesé, la voie de « l'essentiel des droits du citoyen » paraît, à long terme, plus propice au développement progressif d'un droit européen des personnes. Sans doute la formule trouve-t-elle, à l'origine, naissance dans une certaine émotion, liée à la situation des enfants Ruiz Zambrano. Cela ne la rend pas irrecevable pour autant. D'une part, l'humain est le propre de la condition des personnes. D'autre part, la formule peut être objectivée. Elle s'apparente à l'interdiction du bannissement inscrite à l'article 12.4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l'article 3.2 du protocole n° 4 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le champ personnel et territorial de cette protection est simplement élargi, du national au citoyen, de l'État à l'Union. Cela étant, si la référence au territoire et à l'obligation de quitter l'Union est objective, elle paraît assez éloignée de la détermination d'un noyau dur des droits du citoyen. Une référence aux droits fondamentaux, inscrits dans la Charte, relèverait plus directement du droit des personnes et permettrait de lier la construction du droit des personnes au développement d'une « spécificité de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux [qui] s'exprime principalement dans le dépassement de la vision purement civiliste des droits de l'homme et dans une approche plus globale plaçant l'individu dans son contexte économique social et sociétal », soit un retour au sens complet du mot personne dans sa dimension

(66) Concl. Av. gén. Mazàk sur C.J., 8 mai 2013, *Libert*, aff. C-197/11, pt 23.
(67) C.J., 8 mai 2013, *Libert*, aff. C-197/11, pt 34.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

individuelle et sociale (68). Cela repose la question, évoquée ci-dessus, du caractère accessoire de la Charte, selon son article 51, paragraphe 1er. Ce caractère accessoire n'exclut pas une portée autonome, à l'image du principe de non-discrimination inscrit à l'article 14 de la CEDH. Selon cette lecture, la Charte sort effet non seulement dans la « mise en œuvre » du droit de l'Union, mais aussi lorsque la réglementation ou la situation concernée « entre dans le champ d'application » du droit de l'Union, comme la Cour l'a admis dans l'arrêt *Fransson* (69). Cette approche se heurte à la difficulté de donner un contenu matériel à une règle d'applicabilité. Toutefois, cette forme de droit procédural matériel est peut-être celle qui convient le mieux à un développement progressif et mesuré d'un droit européen des personnes dépassant la seule liberté de circulation en étant encadré, d'une part, par une règle de rattachement, apparentée au principe de proximité, et, d'autre part, par une norme de droit matériel, résultant du principe de non-discrimination.

L'évolutionnisme du droit européen pourrait, ici aussi, prendre forme. Un jour sans doute, la Cour donnera une autre substance à cet essentiel des droits du citoyen. Cette évolution se fera au gré des résistances des États et des cas concrets qui lui seront soumis. Après tout, comme pour l'extension de la libre circulation des personnes, il y faudra des Lawrie-Blum, Bosman, Grzelczyck et autres Ruiz Zambrano. À leur côté, ce sont les praticiens, avocats et magistrats nationaux qui montreront à la Cour, par la question posée et par la réponse proposée, qu'elle peut ajouter un pas à sa marche évolutive vers un droit européen des personnes. « De la chrysalide de l'agent économique, écrivait Claude Blumann, est progressivement sorti le citoyen européen » (70). L'effet papillon permettra peut-être à cette figure du citoyen de donner corps à un véritable droit européen des personnes, non pas en la forme d'un droit substantiel uniformisé, mais d'un droit cadre, à la fois de rattachement et d'harmonisation.

---

(68) Cl. Blumann, « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 265, spéc. p. 279.

(69) C.J., 6 février 2013, *Åkerbeg-Fransson*, aff. C-617/10, notes J.-Fr. Akandji-Kombé, « L'arrêt *Åkerbeg-Fransson* : l'application juridictionnelle de la Charte européenne des droits fondamentaux », *J.D.E.*, 2013, p. 183 ; A. Bailleux, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 215. La jurisprudence demeure incertaine : C.J., 6 mars 2014, *Siragusa* , aff. C-206/13 (évoquant les droits fondamentaux de la Charte comme moyen de garantir l'unité, la primauté et l'effectivité du droit de l'Union) ; 27 mars 2014, *Torralbo Marcos*, aff. C-265/13 (revenant à la notion stricte de « mise en œuvre » du droit de l'Union) ; 8 mai 2014, *Pelckmans Turnhout* , aff. C-483/12 (à propos de l'ouverture des magasins le dimanche au regard du principe de non-discrimination, la Cour rappelle la jurisprudence *Fransson*, mais constate que la décision « n'établit nullement que ledit litige présente des éléments de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par les dispositions du traité visées par la juridiction de renvoi » [pt 23]).

(70) Cl. Blumann, « La libre circulation des personnes. Conclusions générales », in S. Leclerc (dir.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 129.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers un droit européen des personnes ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

LA SINGULARITÉ DU MARCHÉ FERROVIAIRE EN DROIT DE L'UNION

Stéphane DE LA ROSA

Professeur à l'Université de Valenciennes
Chaire Jean Monnet
Directeur IDP EA 1384

Parmi ses nombreuses études de droit matériel, le professeur Blumann s'est notamment penché sur l'encadrement, par le droit de l'Union, des marchés en réseau et sur l'émergence de nouvelles politiques européennes dans des domaines historiquement marqués par l'existence de monopoles nationaux (1). Pour ces marchés, le processus de libéralisation s'est caractérisé, à grands traits, par la substitution d'un régime oligopolistique à un régime initialement monopolistique, par la dissociation des fonctions sur un réseau, notamment la fonction de gestion et d'exploitation, et par la mise en place d'organismes autonomes de régulation, en charge de veiller à des équilibres sur des marchés de concurrence imparfaite, qui ne tendent naturellement pas à l'équilibre par le seul jeu de la concurrence et de l'ajustement par les prix. En plus d'un profond bouleversement du régime juridique applicable aux entreprises publiques, le dédicataire de ces *Mélanges* a démontré, avec finesse, dans quelle mesure cette évolution affectait des notions centrales du droit public, telle que la notion de service public (2).

Le secteur ferroviaire est longtemps resté en retrait du mouvement, impulsé par le droit de l'Union, d'ouverture à la concurrence des marchés en réseau. Si le principe d'une politique communautaire en matière ferroviaire se dessine à partir de 1991 – avec l'adoption de la directive du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fer communautaires (3) –, la construction de ce marché est beaucoup plus lente que dans d'autres secteurs, et elle demeure aujourd'hui inachevée. Revenir sur la spécificité de ce marché sera une manière, trop brève, de rendre hommage à l'observateur

(1) Cl. BLUMANN (dir.), *Vers une politique européenne de l'énergie*, coll. Droit de l'Union européenne-Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2012, 320 p.

(2) Cl. BLUMANN, « Quelques variations sur le thème du service public en droit de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume. Le droit administratif : permanence et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 45 et s.

(3) Directive du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fer communautaires, *J.O.C.E.*, L 237/25 du 24 août 1991. Deux directives d'application ont été adoptées en juin 1995 pour améliorer la mise en place des dispositions concernant les droits d'accès et de transit : la directive 95/18/CE concernant les licences ferroviaires et la directive 95/19/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure et la perception de redevances d'utilisation.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La singularité du marché ferroviaire en droit de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

attentif et infatigable des évolutions du droit de l'Union qu'est le professeur Blumann.

Plusieurs facteurs concourent à la singularité du marché ferroviaire. L'intervention de l'État est solidement ancrée dans cette matière et elle s'inscrit dans le cadre d'une véritable politique économique du ferroviaire, assumée et revendiquée par la plupart des États membres, à l'exception de ceux qui ne sont pas dotés d'un réseau (Malte et Chypre). Le monopole légal confié par les États à l'opérateur historique (4), la reconnaissance spécifique dévolue au service public, y compris en droit de l'Union (5), en sont certainement une bonne illustration. La nature même du marché ferroviaire est également à prendre en compte pour comprendre cette spécificité. L'importance des coûts d'entrée, liés au coût de l'infrastructure et au monopole naturel, l'existence de rendements croissants, les asymétries d'informations entre les opérateurs quant à la nature réelle du marché ou, encore, l'importance de la main-d'œuvre qu'il mobilise sont autant d'éléments qui caractérisent une concurrence imparfaite sur ce marché. Au mieux, il prend la forme d'un équilibre d'oligopole, justifiant la régulation de quelques opérateurs présents sur le marché.

Au-delà des particularités propres au marché considéré, le décalage temporel dans le développement de l'encadrement du ferroviaire par le droit de l'Union peut également s'expliquer par sa double appartenance ; il s'agit là d'un secteur qui est à la fois rattachable à la politique européenne des transports et au droit de la concurrence. Envisagé sous l'angle de la politique européenne des transports, le ferroviaire a fait l'objet d'un encadrement normatif plus tardif que les autres modes de transport, malgré l'existence, dès 1957, de dispositions de droit primaire précises et couvrant l'ensemble des transports (6). Le développement d'une politique en la matière n'a pu s'appuyer sur un mouvement engagé par la Cour, comme cela fut le cas pour le terrestre ou l'aérien ; autrement dit, le ferroviaire n'a à son actif ni d'affaires *AETR* (7) ou *Ciel Ouvert* (8), pour reconnaître une compétence externe de

(4) En France, en l'état du droit, dans le cadre de la loi dite « LOTI » (loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982), l'organisation des liaisons ferroviaires inscrites au plan régional des transports doit faire l'objet de conventions passées obligatoirement avec la SNCF. Un des enjeux, cruciaux, de la négociation actuelle du quatrième paquet ferroviaire est de permettre une mise en concurrence pour le transport régional de voyageurs.

(5) Ainsi, l'expression de « service public » est-elle reconnue, dès le Traité instituant la CEE, en matière de transports. Art. 93 TFUE : « Sont compatibles avec les traités les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public. » Sur ce fondement, un premier règlement sera adopté dès 1969, règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (*J.O.C.E.*, L 16 du 28 juin 1969), abrogé en 2007 par le règlement dit « OSP » (Obligations de service public), n° 1370/2007, du 23 octobre 2007.

(6) Titre IV du Traité CEE, art. 74-84. Sur la problématique générale des transports, voy. L. Grard (dir.), *L'Europe des transports*, Travaux de la CEDECE, Paris, La Documentation française, 2005.

(7) C.J.C.E., 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*, aff. C-22/70, *Rec.*, p. 263 (aff. *AETR*).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La singularité du marché ferroviaire en droit de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'Union, ni d'affaire *Nouvelles frontières* (9), pour affirmer l'application des règles de concurrence, et notamment la prohibition des ententes anticoncurrentielles ou des abus de position dominante, à un mode de transport.

La singularité ressort également lorsque l'on envisage le ferroviaire avec le prisme du droit de la concurrence et de l'ouverture des marchés en réseau. Si le principe d'une ouverture des marchés nationaux a été engagé au début des années 1990, concomitamment aux télécoms ou à l'électricité, le cadre normatif s'est caractérisé, dès l'origine, par de nombreux particularismes. Tout en reconnaissant, à l'instar des autres marchés, un principe de séparation entre la gestion de l'infrastructure et celle de l'exploitation, les premières directives ont rendu facultative la séparation organique ou institutionnelle. Cette latitude laissée aux États explique la diversité des modèles mis en place, certains privilégiant la création de nouvelles entités pour assurer la gestion du réseau – ce qui fut le cas de la France avec la création en 1997 de RFF –, d'autres choisissant la transformation de la société historique en holding regroupant des sociétés distinctes au niveau comptable (10). À cette particularité institutionnelle, il convient également d'ajouter la déconnexion des calendriers entre le fret et le transport de voyageurs, la libéralisation du premier – dont les bénéfices ne sont pas avérés (11) – ayant été engagée antérieurement au second, lequel demeure au cœur de la négociation du quatrième paquet ferroviaire.

Plus de vingt ans après la première directive, il est certain que les caractéristiques d'un véritable « droit européen du ferroviaire » commencent à se dessiner, au gré des différents paquets ferroviaires qui se sont succédé et grâce aux premières décisions rendues par la Cour en 2012. Le contentieux ferroviaire s'immisce d'ailleurs dans le contentieux interne, ainsi que l'illustre une affaire *Deutsche Bahn*, jugée par le Conseil d'État le 26 décembre 2013 (12). Toutefois, la réalisation d'un véritable espace ferroviaire

(8) C.J.C.E., 5 novembre 2002, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-466/98 ; *Commission c. Danemark*, aff. C-467/98 ; *Commission c. Suède*, aff. C-468/98, *Commission c. Finlande*, aff. C-469/98, *Commission c. Belgique*, aff. C-471/98, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-472/98, *Commission c. Autriche*, aff. C-475/98, *Commission c. Allemagne*, aff. C-476/98, *Rec.*, p. I-9427 ; voy. L. Grard, « L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile », *AFDI*, 2003, p. 492.

(9) C.J.C.E., 30 avril 1986, *Ministère public c. Asjes*, aff. C-209 à 213/84, *Rec.*, p. 1457.

(10) En l'occurrence, l'Allemagne, l'Autriche et la Pologne. L'Italie, la Belgique ou encore la Lettonie ont également opté pour le modèle de la holding. Voy. le panorama dressé par le Parlement européen, « Typology and structure of regularoty bodies in the EU railway sector », *EP Studies online*, http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html.

(11) Voy., en ce sens, le Rapport du sénateur Roland Ries, *Les enjeux du quatrième paquet ferroviaire, Commission des Affaires européennes du Sénat*, 17 juillet 2013, n° 783. L'ouverture au fret a remis en cause le monopole de la filiale fret de la SNCF (Geodis), avec l'arrivée de nouveaux opérateurs, essentiellement Euro Cargo Rail (filiale de la DB), mais également Colas Rail, CFL Cargo et SNCB Logistics.

(12) C.E., 26 décembre 2013, *Deutsche Bahn A.G.*, n° 368540. Saisie par la société ferroviaire allemande, le Conseil d'État annule dans cette espèce une instruction fiscale en tant qu'elle prévoit des conditions d'assujettissement à l'imposition forfaitaire sur les entreprises de réseaux due au titre du matériel ferroviaire roulant distinctes selon que les entreprises ont leur siège ou non en France.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La singularité du marché ferroviaire en droit de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

unique européen, pourtant souhaité par la Commission, demeure à l'état de chantier.

I. – L'émergence d'un marché en réseau spécifique

A. – Une ouverture progressive

L'ouverture à la concurrence suppose de mettre les entreprises ferroviaires sur un pied d'égalité, notamment par rapport à un opérateur historique déjà présent sur le marché, afin d'être en mesure d'apporter un bénéfice pour le consommateur. La directive 91/440 a initié le mouvement de libéralisation du transport ferroviaire, en visant à assurer un accès équitable et non discriminatoire des entreprises ferroviaires de transport. À partir de ce texte fondateur, la construction de ce marché s'est s'appuyée sur une succession de plusieurs paquets de directives, qui ont fait l'objet d'une refonte en 2012.

Ainsi que l'Autorité de la concurrence l'a récemment souligné, dans son avis relatif au projet de réforme ferroviaire, la libéralisation du rail repose sur quatre principes centraux : l'indépendance de gestion opérationnelle des entreprises ferroviaires à l'égard des États, la séparation de la gestion de l'infrastructure et de l'exploitation des services, l'assainissement de la structure financière des entreprises, la garantie de droits d'accès aux réseaux ferroviaires nationaux pour les entreprises ferroviaires (13). La construction de ce marché est le résultat d'une succession et d'une imbrication de différents paquets législatifs, lesquels ont mis en place une libéralisation de l'accès aux sillons en posant la reconnaissance d'un droit d'accès équitable et non discriminatoire, pour les opérateurs, aux marchés nationaux (14). Ces différents textes ont eu des conséquences tangibles en droit français, avec la création de l'établissement public « Réseau ferré de France », de l'établissement public de sécurité ferroviaire, puis, en 2009, de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) (15).

En tant que telle, une telle méthode progressive n'est guère spécifique au ferroviaire, elle caractérise également la formation des marchés régulés dans le secteur des télécoms, de l'électricité ou du gaz. Les principes essentiels qui gouvernent l'ouverture à la concurrence se retrouvent dans ce secteur, tels que l'institution d'un régulateur sectoriel, en charge de veiller aux équilibres entre opérateurs et d'arbitrer les conflits qui pourraient naître

(13) Autorité de la concurrence, avis 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire.

(14) Le premier paquet ferroviaire, adopté en 2001, est constitué essentiellement de quatre directives (2001/12, 2001/13, 2001/14 et 2001/16), relatives respectivement au droit d'accès, à l'octroi des licences, à la tarification du droit d'accès et à l'interopérabilité des équipements. Le deuxième paquet ferroviaire, adopté en 2004, repose sur trois directives (2004/49, 2004/50 et 2004/51) qui ont approfondi les règles initiales en mettant l'accent sur l'interopérabilité des TGV et sur la facilitation de l'octroi des licences. Voy. O. Silla, « Le second paquet ferroviaire : vers une régulation européenne des chemins de fer », *R.M.C.U.E.*, 2002, p. 516.

(15) Respectivement par les lois n° 97-135 du 13 février 1997, n° 2006-10 du 5 janvier 2006, puis n° 2009-1503 du 8 décembre 2009. L'ensemble de ces textes a depuis lors été codifié dans le Code des transports.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La singularité du marché ferroviaire en droit de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

entre eux (16), ou encore l'uniformisation des conditions d'octroi d'une licence pour garantir un droit d'accès au réseau. Néanmoins, le processus suivi pour le ferroviaire a été significativement plus long et complexe (17). Tout d'abord, la distinction entre transport de marchandises et transport de voyageurs a fait figure de *summa divisio* dans le processus d'ouverture. Ainsi, si les deux premiers paquets ferroviaires ont imposé l'ouverture complète du secteur du transport ferroviaire de marchandises, qui devait au plus tard avoir lieu le 1er janvier 2007, il a fallu attendre le troisième paquet pour admettre une concurrence du transport ferroviaire de passagers, quoique limitée aux relations dans le cadre de services internationaux. Bien que tardivement mise en œuvre, cette évolution a permis l'admission de nouveaux opérateurs sur les liaisons à grande vitesse entre certaines villes en Europe (18). Ensuite, le risque d'un traitement discriminatoire des nouveaux opérateurs, qui sollicitent l'accès à un sillon, est susceptible de renvoyer à des cas de figure nombreux et protéiformes. La contrainte technique étant plus forte pour le ferroviaire que pour les autres marchés régulés, une demande d'accès peut être refusée ou retardée en raison de la saturation, réelle ou non, du réseau, de la complexité du calcul de la redevance, ou encore de distinctions subtiles entre « sillons normaux » et « sillons de dernière minute ». Ces risques de discrimination, indirecte, peuvent être d'autant plus forts lorsque le gestionnaire et l'exploitant du réseau relèvent d'une même entité, ce que permet l'état du droit. En tout état de cause, ces contraintes renforcent la nécessité de garantir la transparence, tant pour la gouvernance du secteur que pour l'attribution des autorisations.

B. – Le statut particulier du service public

L'épineuse question du service public est également un paramètre essentiel pour comprendre la spécificité du marché ferroviaire. Tandis que la création des autres marchés régulés s'est accompagnée de la reconnaissance du service universel, l'existence d'obligations de service public demeure un trait caractéristique de ce marché. C'est d'ailleurs là une considération qui est, légitimement, au centre des préoccupations et des réserves face à la perspective d'une libéralisation complète du secteur. En l'état du droit, le règlement OSP (Obligations de service public) (19) délimite le cadre juridique

(16) Sur la signification particulière de la régulation en matière ferroviaire, voy. S. Nicinski, « L'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence », *AJDA*, 25 mai 2009, p. 1027.

(17) G. Knieps, « Competition and the railroads : a European perspective », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 9, nº 1, 2013, p. 153.

(18) Ce droit d'accès au réseau pour le transport international de voyageurs est complété par un droit de cabotage, c'est-à-dire la possibilité de desservir des gares étrangères situées sur le parcours du train, qui peut être exercé à la condition que l'objet principal du service soit le transport de voyageurs entre des gares situées dans des États membres différents.

(19) Règlement (CE) nº 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) nº 1191/69 et (CEE) nº 1107/70 du Conseil. Sur ce règlement, voy. P. Vieu, « À propos de l'intégration de l'Europe des transports », *Rev. trim. dr. eur.*, 2010, p. 297 ; D. Broussolle, « Les transports urbains et la concurrence », *AJDA*, 2009, mai 2009, p. 1038.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La singularité du marché ferroviaire en droit de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de la concurrence sur les lignes conventionnées. S'il impose l'appel d'offres comme règle générale, il laisse la possibilité de dérogation, pour les autorités organisatrices de transport (AOT), entre cette procédure et la conclusion de contrats de gré à gré. En admettant deux options procédurales, le règlement OSP fait figure de *lex specialis* (20), tant vis-à-vis du droit des aides d'État qu'au regard des règles régissant les marchés et les concessions ; par ailleurs, il renouvelle substantiellement la notion de contrat de service public, non seulement en incorporant les critères de la compensation issus de l'arrêt *Altmark (*21*)*, mais également, pour le transport ferroviaire, en repoussant à 2019 la mise en concurrence pour les contrats de service public. La notion est largement entendue, elle renvoie non seulement à un contrat de délégation, mais également à une décision unilatérale d'une autorité compétente, indépendamment du statut juridique de l'opérateur en charge du transport ferroviaire. La mise en œuvre de ce règlement nécessitera, à terme, une profonde modification de la loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI), qui constitue, en France, le cadre de référence pour les services publics de transport. Surtout, dans le cadre de la négociation du quatrième paquet ferroviaire, en première lecture par le Parlement européen, la perspective de l'ouverture à la concurrence a été reportée à 2023, en étant assortie de nombreuses exceptions (22). La perspective d'une libéralisation totale de ce marché ne se dessine pas avec certitude.

C. – L'ambition d'un marché ferroviaire unique

Afin de rationaliser l'état du droit, peu lisible du fait de la succession des directives, et d'approfondir la réalisation du marché ferroviaire, la Commission a progressivement eu recours à la notion d'espace ferroviaire unique européen. Mise en avant dans une communication en 2010 (23), cette expression est désormais consacrée par la directive « refonte » du 21 novembre 2012 (24). Ce texte consolide le cadre normatif applicable aux activités ferroviaires dans l'Union et, à ce titre, systématise dans un cadre cohérent les règles issues des trois premiers paquets ferroviaires. L'expression « espace ferroviaire unique » n'est pas neutre. Elle renvoie à la sémantique du marché intérieur, donc nécessairement à la perspective d'un espace sans frontières intérieures garantissant la fluidité des activités économiques. En matière

(20) L. Richer, « Droit commun, droit spécial et contrats de service public de transport de voyageurs », *AJDA*, 25 mai 2009, p. 1023.

(21) C.J.C.E., 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, C-280/00, *Rec.*, p. I-7747.

(22) En l'état de la négociation, il serait possible, pour les autorités organisatrices, de leur propre initiative, de limiter le droit d'accès à de nouveaux opérateurs, sur la base d'une « analyse économique objective », en prenant en compte les conséquences sur le renforcement de la cohésion de la zone concernée. Si cette marge de manœuvre est confirmée par le Conseil, ce qui est probable eu égard au peu d'intérêt des États d'ouvrir ce marché, cette dérogation ouvrira sûrement la voie à un contentieux substantiel (voy. résolution législative du Parlement européen du 26 février 2014, A7-0037/2014, amendements 22 et s.).

(23) *COM*(2010), 17 septembre 2010, communication de la Commission concernant l'élaboration d'un espace ferroviaire unique européen.

(24) Directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, *J.O.U.E.*, L 343 du 14 décembre2012.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La singularité du marché ferroviaire en droit de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ferroviaire, la réalisation d'un espace unique renvoie à toute une série de mesures, parmi lesquelles l'accroissement de l'interopérabilité des réseaux, la facilitation de l'accès de nouveaux opérateurs en harmonisant les règles de certification du matériel roulant, la simplification de l'octroi des licences ou, encore, la mise en place d'une politique globale de sécurité. Mais, au-delà de cette dimension « marché », le projet d'un espace ferroviaire contient la promesse d'une convergence des règles et d'une intégration sociale et territoriale (25). Or, c'est sûrement sur le volet non économique que l'intégration ferroviaire se heurte, et continuera de se heurter, à de sérieuses difficultés. Le poids de la main-d'œuvre est, de manière significative, plus important que dans les autres marchés ; c'est là une donnée essentielle qui doit se concilier avec la difficulté, tant juridique que politique, de poursuivre une harmonisation sociale dans l'Union. L'enjeu est d'autant plus important dans un contexte de vieillissement de la main-d'œuvre dans ce secteur (26).

II. – L'émergence d'un contentieux sur les paquets ferroviaires

A. – Premières décisions de la Cour sur la transposition des directives ferroviaires

Rédigées en termes très techniques, souvent dérogatoires, les directives ferroviaires ont connu un contentieux tardif, en comparaison avec les autres marchés régulés. En effet, il a fallu attendre 2012 pour que la Cour rende ses premières décisions concernant la transposition du premier paquet ferroviaire ; cette tardiveté se retrouve également dans les litiges concernant les droits des passagers, une seule décision ayant été rendue à ce jour sur l'interprétation du règlement spécifique relatif aux droits et obligations des voyageurs ferroviaires (27).

En à peine un an, le vide jurisprudentiel a été comblé avec pas moins de douze décisions en manquement rendues par la Cour de justice (28).

(25) Sur la notion d'espace ferroviaire unique et sa réalisation, voy. C. Rapoport (dir.), *L'espace ferroviaire unique européen : quelles réalités ?*, Actes du colloque de Valenciennes des 26 et 27 septembre 2013, à paraître chez Bruylant.

(26) Sur ce point, voy. l'avis du Comité économique et social européen sur le « 4e paquet ferroviaire », 11 juillet 2013, TEN/505.

(27) Règlement (CE) no 1371/2007 du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires ; C.J.U.E., 22 novembre 2012, *Westbahn Management GmbH c. OBB-Infrastruktur A.G.*, aff. C-136/11. Voy. l'étude en la matière de F. Le Bot, « Les droits des voyageurs ferroviaires : présentation générale », document de travail IDP no 2014-09, disponible sur http://www.univ-valenciennes.fr/IDP/documents-de-travail-working-paper.

(28) C.J.U.E., 25 octobre 2012, aff. C-557/10, *Commission c. Portugal* ; C.J.U.E., 8 novembre 2012, aff. C-528/10, *Commission c. Grèce* ; C.J.U.E., 28 février 2013, aff. C-473/10, *Commission c. Hongrie* ; C.J.U.E., 28 février 2013, aff. C-483/10, *Commission c. Espagne* ; C.J.U.E., 28 février 2013, aff. C-555/10, *Commission c. Autriche* ; C.J.U.E., 28 février 2013, aff. C-556/10, *Commission c. Allemagne* ; C.J.U.E., 18 avril 2013, aff. C-625/10, *Commission c. France* ; C.J.U.E., 30 mai 2013, aff. C-521/10, *Commission c. Pologne*, *Europe*, 2013, comm. 311, obs. M. Meister ; C.J.U.E., 11 juillet 2013, aff. C-545/10, *Commission*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La singularité du marché ferroviaire en droit de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

D'autres interviendront sûrement, consécutivement à un avis motivé de la Commission concluant à une tarification excessive des régulateurs français et britanniques pour l'accès au tunnel sous la Manche (29). Ce flot de décisions s'explique par la volonté de la Commission de garantir une application complète et intégrale des règles issues du premier paquet alors même qu'approchaient à la fois l'expiration du délai de transposition des directives du troisième paquet ferroviaire et l'entrée en vigueur de la directive refonte. Particulièrement techniques, ces décisions ont permis de clarifier des notions centrales pour le fonctionnement de ce marché.

B. – La nature des organes

Un point majeur de divergence entre la Commission et les États porte sur la nature juridique des organes en charge de la gestion du réseau. À la différence du marché de l'énergie (30), l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire n'a pas été appuyée par l'obligation d'instituer des autorités nouvelles pour la gestion de l'infrastructure, dans la mesure où les directives ne posent aucune obligation de séparation institutionnelle. En effet, l'article 6 de la directive 91/440 n'exige qu'une séparation d'ordre comptable entre les entreprises ferroviaires et les activités de gestion de l'infrastructure (31). En revanche, les directives posent l'obligation d'instituer des organes de contrôle, distincts du gestionnaire de réseau, en charge des prérogatives liées à la régulation du marché (32). Dans ce contexte, les États conservent une latitude quant à la structure institutionnelle, séparée, comme c'est actuellement le cas en France (avec la réserve importante du

c. République tchèque ; C.J.U.E., 11 juillet 2013, aff. C-627/10, *Commission c. Slovénie* ; C.J.U.E., 11 juillet 2013, aff. C-412/11, *Commission c. Luxembourg* ; C.J.U.E., 3 octobre 2013, aff. C-369/11, *Commission c. Itali e* ; C.J.U.E., 13 février 2014, aff. C-152/12, *Commission c. Bulgarie*. Voy. S. de La Rosa et C. Rapoport, « La bataille du Rail a commencé. Premières décisions de la Cour de justice sur la transposition des directives ferroviaires », *Europe*, 2013, étude n° 7 ; L. Grard, « Transposition de la première génération de directives ferroviaires – La Cour de justice de l'UE didacticienne du droit », *Rev. dr. transp. et mobilité*, 2013, étude n° 3 ; J. Lasalle, *Europe*, 2013, comm. 408.

(29) Comm. UE, communiqué de presse IP/13/557, 20 juin 2013.

(30) L'art. 9 de la directive 2009/72/CE relative au marché intérieur de l'électricité pose une stricte obligation, pour les États, de dissocier les réseaux de transport et les gestionnaires des réseaux de transport. Le raisonnement par analogie avec le marché de l'électricité, avancé par la Commission pour justifier une stricte séparation entre gestionnaire et prestataire, est d'ailleurs écarté par la Cour, dans l'affaire *Commission c. Allemagne*, au motif que les directives 91/440 et 2001/14 ne posent pas, pour leur part, de critères précis d'indépendance entre le gestionnaire en charge des fonctions essentielles et les entreprises ferroviaires (aff. C-556/10, pt 64).

(31) L'art. 6, § 2, de la directive 91/440/CE laisse une latitude importante aux États, ils peuvent prévoir que la séparation entre gestion de l'infrastructure et fourniture de services repose sur des « divisions organiques distinctes au sein d'une même entreprise » ou « que la gestion de l'infrastructure est assurée par une entité distincte ».

(32) Art. 30 de la directive 2001/14/CE. En France, ces prérogatives incombent depuis la loi ferroviaire du 8 décembre 2009 à l'ARAF (Autorité de régulation des activités ferroviaires). P. Vieu, « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *RFDA*, janvier-février 2010, p. 35.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La singularité du marché ferroviaire en droit de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

projet de loi ferroviaire), ou intégrée, avec un modèle de filialisation au sein d'une holding (33).

Alors que cette question est au cœur de la négociation du quatrième paquet, les décisions de la Cour ont été, dans l'ensemble, favorables au *statu quo* ; invitée à interpréter l'exigence d'indépendance de l'entité en charge des fonctions essentielles, laquelle, aux termes de la directive 2001/14, doit se vérifier sur un plan « juridique, organisationnel et décisionnel », la Cour a refusé de suivre la Commission qui considérait que l'existence d'une holding, en cause dans les affaires concernant l'Allemagne et l'Autriche, est en soi incompatible avec les exigences de la directive (34). En validant, en l'état du droit, le schéma de la holding, la Cour s'est invitée dans la négociation du quatrième paquet ferroviaire, ses décisions ont appuyé la demande de plusieurs États de rendre possible l'existence de structure verticalement intégrée, laquelle figure désormais dans les amendements du Parlement européen. À l'inverse, la Cour de justice a condamné le système français, pourtant caractérisé par une séparation de principe entre la SNCF et RFF, au motif que des fonctions essentielles, en l'occurrence l'attribution de « sillons de dernière minute », étaient exercées par une branche de la SNCF, en l'occurrence SNCF Infra (35).

C. – L'identification des fonctions essentielles

La clarification du contenu et du champ des fonctions essentielles est une question centrale en matière ferroviaire, dans la mesure où le gestionnaire de l'infrastructure, qu'il soit séparé ou au sein d'une structure verticalement intégrée, doit être en charge de deux fonctions fondamentales : la répartition et l'attribution des sillons, d'une part, la tarification de l'accès à l'infrastructure, d'autre part (36).

Vaguement définies par les directives, ces fonctions ont été précisées par la Cour dans le sens d'une certaine souplesse au profit des États. Ainsi, dans plusieurs affaires, la Cour a-t-elle suivi les États pour distinguer la répartition des sillons *stricto sensu*, qui est une fonction essentielle incombant au gestionnaire, et la régulation du trafic qui peut être attribuée à une entreprise ferroviaire (37). À ce titre, la suppression d'un sillon dans l'urgence ne peut être assimilée à une fonction essentielle. De même, s'agissant de la fixation des redevances, si les directives s'opposent à leur encadrement

(33) C'est le modèle de séparation appliqué en Allemagne au sein du groupe DB. Les différentes activités de gestion des infrastructures ferroviaires (sillons, gares de voyageurs et installations propres à la protection et à l'approvisionnement en électricité de traction ou en combustibles) sont gérées par trois filiales séparées juridiquement de l'activité Mobilités du groupe (de droit privé), opérateur historique de transport.

(34) Aff. C-555/10, *Commission c. Autriche*, pts 49-67, préc. ; aff. C-556/10, *Commission c. Allemagne*, pts 53-70, préc.

(35) Aff. C-625/10, *Commission c. France*, pt 53.

(36) Art. 7 de la directive 2012/34/UE, préc.

(37) Aff. C-625/10, *Commission c. France*, pt 47, préc. ; aff. C-473/10, *Commission c. Slovénie*, pt 43, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La singularité du marché ferroviaire en droit de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

réglementaire, elles laissent la possibilité pour les gestionnaires de choisir entre différentes formes de calcul des coûts pour apprécier le « coût directement imputable » (38), dès lors que cette fixation est menée de manière autonome (39) et qu'elle constitue un ensemble cohérent. En tout état de cause, en présence de termes extrêmement techniques, souvent imprécis, la Cour, dans la plupart des affaires ferroviaires, a, semble-t-il, privilégié la reconnaissance d'une marge de manœuvre substantielle au profit des États. En l'état de la négociation du quatrième paquet ferroviaire, il est fort probable que celle-ci soit maintenue.

III. – Vers un marché ferroviaire partiellement intégré ?

A. – Contenu et négociation du quatrième paquet ferroviaire

Présenté en janvier 2013, le quatrième paquet ferroviaire a pour objectif de concrétiser un véritable espace ferroviaire européen, autour de quatre objectifs : amélioration de la gouvernance de l'infrastructure, poursuite de l'ouverture du marché des services nationaux de transport ferroviaire de voyageurs, amélioration de l'interopérabilité et de la sécurité (40). Parmi l'ensemble des mesures préconisées, le volet relatif à l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs soulève naturellement de profondes interrogations (41).

Le volet technique des propositions n'a pas soulevé de difficultés particulières. Une avancée importante est la mise en place d'un cadre unifié pour la délivrance des spécifications techniques d'interopérabilité, lesquelles, en l'état actuel, ne couvrent que les lignes à grande vitesse. L'harmonisation des règles techniques reposera désormais sur l'Agence ferroviaire européenne, établie à Valenciennes, qui se voit attribuer le rôle de gardienne du système ferroviaire (42). Le processus rejoint ici la méthode qui a jadis été suivie pour le marché intérieur, avec l'établissement d'un mécanisme de notification à l'Agence par les États de règles nationales spécifiques, existantes ou nouvelles, et le contrôle par celle-ci de leur justification. Sur le plan de la sécurité, l'harmonisation reposera sur une application uniforme du système européen de surveillance du trafic ferroviaire (ERTMS), qui demeure incomplètement suivi par les États. À terme, l'Agence devra également mettre sur pied un système de billetterie interopérable entre les États.

(38) Aff. C-545/10, *Commission c. République tchèque*, pt 65, préc.
(39) Aff. C-369/11, *Commission c. Italie*, pt 43, préc.
(40) *COM*(2013) 029 final, proposition de directive modifiant la directive 2012/34/UE en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire.
(41) Voy. L. Idot « Focus », « Le train du "quatrième paquet ferroviaire" s'arrête à la gare du Parlement… », *Europe*, avril 2014, nº 4.
(42) Résolution législative du Parlement européen du 26 février 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer et abrogeant le règlement (CE) nº 881/2004 (*COM*[2013] 0027 – C7-0029/2013).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La singularité du marché ferroviaire en droit de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Un tel accroissement des pouvoirs dévolu à une Agence s'est rarement vérifié pour la construction des autres marchés régulés ; en effet, celle-ci assumera pleinement le rôle de régulateur, dotée d'un pouvoir de surveillance, de contrôle du respect des normes sociales et de centralisation des règles de certification.

Le cœur de la négociation, qui n'est pas achevée, porte essentiellement sur la gouvernance et la concurrence dans le secteur ferroviaire. La proposition initiale de la Commission envisageait d'ouvrir, à partir de décembre 2019, toutes les lignes nationales de transport de voyageurs aux nouveaux entrants et prestataires de services, sauf dans l'hypothèse où l'équilibre économique du contrat de service public serait compromis Cette proposition, qui était conforme au calendrier de l'actuel règlement OSP, a été maintenue par la Commission Transports du Parlement, mais avec l'ajout d'un critère complémentaire à celui de l'équilibre du contrat, tiré de la qualité des services rendus (43). Réalistes et conformes aux besoins des collectivités, ces amendements n'ont été que partiellement suivis par le Parlement en plénière, lequel a renvoyé à 2023 la possibilité d'une ouverture à la concurrence des transports internes de voyageurs. Si cette position devait se confirmer dans la suite des négociations, le marché ferroviaire demeurera partiellement intégré, caractérisé par la coexistence d'une intégration croissante dans le champ technique et organisationnel et le maintien, juridiquement possible, de monopoles nationaux. Le défaut de cohérence risque d'être d'autant plus fort que le Parlement a maintenu la possibilité, pour les États, des structures verticalement intégrées.

B. – Le quatrième paquet, prétexte à la réorganisation ferroviaire

Dans ce contexte délicat de négociations, plusieurs États ont engagé une profonde réforme de leur organisation ferroviaire. Le cas français est significatif à cet égard. L'actuel projet de loi portant réforme ferroviaire entend refondre l'architecture de ce secteur (44) ; à la distinction actuelle entre SNCF et RFF se substituerait un groupe public ferroviaire, bénéficiant de la qualité d'EPIC, qui abriterait deux EPIC, l'un en charge des fonctions de gestion de l'infrastructure (SNCF Réseau), l'autre qui se verrait confier l'exploitation de services de transport ferroviaire (SNCF Mobilités). Le remaniement envisagé est profond et repose sur la mise en place d'un gestionnaire d'infrastructure unifié. Ce nouveau cadre organisationnel s'accompagne d'une évolution des pouvoirs de l'ARAF, qui voit ses fonctions élargies à l'ensemble de la régulière financière du système.

Ainsi conçu, et si le schéma projeté devait se concrétiser, la nouvelle architecture ferroviaire en France pourrait prendre des allures d'usine à gaz

(43) Rapport sur la proposition de directive établissant un espace ferroviaire unique européen, en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire, 21 janvier 2014 (*COM*[2013] 0029 – C7-0025/2013).

(44) Projet de loi portant réforme ferroviaire, n° 1468, déposé le 16 octobre 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La singularité du marché ferroviaire en droit de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

au regard du droit de l'Union. Le statut d'EPIC de tête est en soi problématique par rapport au droit des aides d'État, d'autant que le Tribunal a dissipé tout doute, dans un contentieux concernant la Poste, sur le fait que la garantie financière de l'État au profit de l'EPIC est assimilable à une aide au sens du droit de l'Union (45). Ce statut ne serait envisageable que dans l'hypothèse où l'EPIC de tête ne dispose que d'une fonction d'orientation stratégique, à l'exclusion de toute compétence de décision. Par ailleurs, ainsi que l'a souligné l'Autorité de la concurrence (46), l'indépendance du futur gestionnaire d'infrastructure, à savoir SNCF Réseau, qui se substituerait à RFF, ne pourra en outre être établie qu'au prix de nombreuses séparations juridiques, notamment par le transfert de l'exploitation des gares qui relève toujours de la compétence de la SNCF. La compatibilité du projet avec le droit de l'Union n'est guère évidente et ouvre, en tout état de cause, la perspective d'un contentieux substantiel.

Encore inconnu il y a quelques années, le contentieux ferroviaire a désormais été saisi par le droit de l'Union. Difficilement acceptée par les États, politiquement et socialement sensible, la réalisation du marché ferroviaire soulève des enjeux juridiques dont il est sûrement trop tôt de prendre toute la mesure. L'espace ferroviaire est à la fois un exemple du processus de construction d'un marché en droit de l'Union, et mobilise à ce titre les techniques et les ressources traditionnelles de la régulation des marchés en réseau, et le reflet des réticences et des résistances nationales à l'intégration. Le contenu des directives ferroviaires et la négociation du quatrième paquet en donnent la mesure. Espérons que le train, du chemin de fer et de l'Europe, trouvera rapidement la sortie du tunnel.

(45) Trib. UE, 20 septembre 2012, *République française c. Commission européenne*, T-154/10. Comm. L. Idot, *Europe*, 2012, comm. 448.

(46) Autorité de la concurrence, avis 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La singularité du marché ferroviaire en droit de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

L'ARTICLE 218 TFUE, UNE « NORME AUTONOME ET GÉNÉRALE DE PORTÉE CONSTITUTIONNELLE » ?

Catherine FLAESCH-MOUGIN
Professeur émérite de l'Université Rennes 1
Chaire Jean Monnet ad personam
Membre du CEDRE, équipe de l'IODE (UMR CNRS 6262)

L'action extérieure de l'Union a connu des mutations profondes tant dans ses développements pratiques que dans ses fondements juridiques depuis les premiers accords communautaires des années 1960. À ce titre, la procédure de conclusion des accords constitue un exemple de ce « transformisme permanent » (1) du droit de l'Union, abondamment et remarquablement illustré par le dédicataire de ces lignes : non seulement le contenu de la disposition d'origine qu'était l'article 228 du Traité CEE s'est régulièrement enrichi à la suite de « révisions à jet continu » (2) – Traités de Maastricht, d'Amsterdam qui le renumérote en article 300 TCE, de Nice, puis de Lisbonne qui en fait l'article 218 TFUE –, mais le système des traités dans lequel il s'inscrit, en tant que base procédurale des accords, a lui aussi profondément changé. Dès lors, peut-on appliquer à l'article 218 TFUE, qui fait figure d'héritier de l'ancien article 228, la qualification de « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » qui lui a été donnée par la Cour il y a vingt ans dans l'affaire *France c. Commission* (3) ? Cette formule, particulièrement audacieuse à l'époque, est-elle encore pertinente pour l'article 218 TFUE dans le contexte post-Lisbonne ? Si sa portée constitutionnelle a été confirmée (I) et si sa généralité n'a cessé de s'accroître (II), son caractère autonome, en revanche, fait débat dans une Union, en apparence seulement, unifiée (III).

I. – De l'article 228 CEE à l'article 218 TFUE : une portée constitutionnelle confirmée dans un contexte institutionnel renouvelé

L'affirmation par la Cour de la « portée constitutionnelle » de l'article 228 TCEE était en 1994 pour le moins inattendue, même si elle se rapportait à la question fondamentale de l'équilibre institutionnel prévu par cet article. La formule, en dépit des révisions successives, reste pertinente et s'applique, bien que dans un contexte renouvelé, à l'article 218 TFUE.

(1) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2013, p. 198.
(2) *Ibid*., p. 198.
(3) C.J., 9 août 1994, *France c. Commission*, aff. C-327/91, *Rec*., p. I-3667, pt 28.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

A. – L'affirmation inattendue en 1994 de la « portée constitutionnelle » de l'article 228 TCEE

Si, appliqué à l'Union européenne, le terme « constitutionnel » n'est plus un tabou et s'il est employé aujourd'hui de façon banalisée, la situation était très différente lorsque la Cour, en 1991, a été saisie par la France d'un recours en annulation de l'accord signé par la Commission européenne avec le gouvernement des États-Unis concernant l'application de leur droit de la concurrence. Bien que la Haute juridiction ait très rapidement attribué à l'ordre juridique communautaire les qualités d'un ordre constitutionnel, le terme lui-même n'est apparu dans ses arrêts que dans les années 1980, lorsqu'elle a engagé un mouvement de « caractérisation constitutionnelle des traités » (4), favorisé par les avocats généraux (5). La Cour qualifie, dans son célèbre arrêt *Les Verts* (6), le Traité CEE de « charte constitutionnelle de base d'une Communauté de droit » et adopte, par la suite, « une démarche plus sélective en s'intéressant non plus au traité lui-même, mais à ses dispositions » (7). Cette « approche inaugurée par l'arrêt du 9 août 1994 » (8) fait découvrir à la Cour, dans l'article 228, une « norme de portée constitutionnelle ». Cette affirmation avait de quoi surprendre car la disposition ainsi « labellisée » n'avait qu'un contenu succinct (9) qui non seulement a dû, en pratique, être complété à la lumière des dispositions de l'article 113 relatif à la procédure de conclusion des accords commerciaux, mais également concernait une dimension de la CEE peu développée à cette époque où les priorités se focalisaient sur les questions internes. Toutefois, au-delà de cet étonnement premier, on ne saurait ignorer que la Cour, même si elle statuait sur la base de l'article 228 dans sa version antérieure au Traité de Maastricht, connaissait les apports de cette révision qui en fait la procédure de référence en matière de conclusion des accords. Aussi, la Cour saisit l'opportunité qui lui est offerte par le recours de la France pour mettre en lumière les caractères de l'article 228 qui « attribue aux institutions communautaires des compétences déterminées » et, « visant à établir un équilibre entre ces dernières, [...] prévoit que les accords entre la Communauté et un ou plusieurs États sont négociés par la Commission, puis conclus par le

(4) R.-M. Llopis Carrasco, *Les dispositions des traités constitutifs de portée constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, mémoire de DEA sous la dir. de J. Raux, Rennes, 1995, p. 20.

(5) L'avocat général Lagrange a utilisé le terme « constitutionnel » dès les années 1960, voy. aff. C-2 et 3/60 (*Rec.*, p. 263), 13/61 (*Rec.*, p. 62), et 28/62 (*Rec.*, p. 61).

(6) C.J., 23 avril 1986, *Parti écologiste « les Verts » c. Parlement européen*, aff. C-294/83, *Rec.*, p. 1339, pt 23.

(7) S. Laurent, *La contribution du Parlement européen au développement constitutionnel de l'Union européenne*, thèse multigraphiée, Rennes, 2012, p. 26.

(8) J. Raux, « La constitutionnalisation du système communautaire dans un traité fondamental de l'Union européenne », *Europe*, août-septembre1995, p. 2.

(9) L'art. 228 comprenait à l'origine deux paragraphes : le premier identifiait sans précisions particulières les étapes et les acteurs de la procédure de conclusion des accords et prévoyait la possible saisine de la Cour pour avis ; le second affirmait le caractère contraignant des accords pour les institutions et les États.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Conseil, après consultation du Parlement européen dans les cas prévus au traité » (10). Cet article constitue ainsi l'une de ces dispositions de portée constitutionnelle « qui vit déjà dans une certaine mesure à l'état dispersé au sein des traités » (11) et dans lesquelles les « équilibres institutionnels tels que définis dans le traité [...] trouvent indubitablement [...] l'un de leurs ancrages fondamentaux et – disons-le clairement – d'un caractère constitutionnel » (12). La notion d'équilibre institutionnel, voire d'équilibres institutionnels selon l'avocat général Tesauro, trouve, en effet, une déclinaison de ses diverses facettes dans l'article 228.

Celui-ci, tout d'abord, détermine, en matière de négociation et de conclusion des accords, les compétences respectives des institutions, conformément à « la version communautaire du principe de séparation des pouvoirs » (13), chacune devant agir dans le respect de celles des autres, sous le contrôle de la Cour. Dans l'affaire en cause, il était reproché à la Commission d'avoir empiété sur les prérogatives du Conseil en signant l'accord administratif avec les États-Unis. Contrairement à la thèse soutenue par la Commission qui s'estimait compétente en vertu d'une disposition particulière de l'article 228 (14), la Cour en délivre une interprétation restrictive et consacre la compétence de principe du Conseil pour conclure les accords.

La procédure de l'article 228, bien que décrite à l'origine de façon embryonnaire, postulait ensuite une collaboration entre les trois institutions, par « tandems institutionnels » (15), pour parvenir à l'accord envisagé : une négociation menée par la Commission, mais en lien avec le Conseil ; une conclusion incombant au Conseil, mais après consultation de l'Assemblée dans les cas prévus au traité. Le principe de coopération loyale entre ces acteurs, bien que non évoqué dans l'arrêt, est sous-jacent et s'est déjà, à l'époque, concrétisé par des procédures d'information informelles mises en place entre les institutions (16).

On relèvera enfin la façon dont la Cour fait référence à l'équilibre. L'expression « visant à établir un équilibre entre les institutions » peut renvoyer classiquement au concept d'équilibre institutionnel, l'objet de l'article 228 étant de répartir les compétences entre les institutions. Mais l'utilisation du participe présent « visant à établir », là où « établissant » eût été possible,

(10) Pt 28 de l'arrêt.

(11) B. De Giovanni, « Pourquoi une Constitution européenne ? », in M. Telò (dir.), *Démocratie et construction européenne*, éd. de l'ULB, 1995, p. 340.

(12) Concl. Av. gén. Tesauro dans l'aff. C-637/91, *Rec.*, p. I-3660, pt 34.

(13) V. Constantinesco, « L'équilibre institutionnel dans la constitution de l'Union européenne », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, éd. Apogée, 2006, p. 481. Voy. aussi Cl. Blumann, « Équilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire », *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 1638 et s.

(14) L'art. 228 mentionnait : « Sous réserve des compétences reconnues à la Commission en ce domaine ».

(15) Justifiant sans doute le pluriel « d'équilibres » utilisé par l'avocat général.

(16) Not. les procédures Luns-Westerterp.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

peut évoquer un objectif (17), l'équilibre supposant l'association systématique des trois institutions, spécialement du Parlement européen. Sa consultation est en effet « un élément de l'équilibre institutionnel voulu par le traité » (18), mais elle n'était pas prévue pour la conclusion de tous les accords et l'avis conforme restait tout à fait exceptionnel à l'époque (19). La formule de la Cour peut ainsi être interprétée comme une invitation discrète à prolonger le mouvement de réduction du déficit démocratique engagé par l'AUE (Acte unique européen) et confirmé par la révision de Maastricht.

Une autre dimension de la portée constitutionnelle de l'article 228, non abordée par l'arrêt du 9 août 1994 qui s'est centré sur la procédure d'adoption des accords, réside dans le rôle qui y est attribué à la Cour. La procédure d'avis sur la compatibilité des accords envisagés avec le traité y trouve son (seul) ancrage et contribue, *a fortiori* par l'interprétation que la Cour en a donnée, à sa « qualité de juridiction constitutionnelle » (20).

B. – Des révisions successives n'entamant pas la pertinence de la formule de la Cour

Aucune des révisions successives de l'article 228 n'a remis en cause la pertinence de la formule utilisée par la Cour dans son arrêt de 1994.

En premier lieu, le choix du qualificatif de « norme de portée constitutionnelle » est toujours adapté à l'article 218 TFUE, car, pas plus que les articles précédents, il ne peut, du point de vue formel, être considéré comme une disposition « constitutionnelle ». Comme cela a été souligné par le professeur Raux, la Cour a soigneusement choisi ses termes en 1994 : elle « ne dit pas que l'article 228 est un article constitutionnel, la constitutionnalisation [étant] à opérer par le pouvoir constituant, seul compétent » (21). Le Traité établissant une constitution pour l'Europe aurait pu remettre en question cette qualification, un article d'un traité portant ce nom pouvant logiquement être considéré comme constitutionnel. Mais, outre sa « labellisation constitutionnelle plus apparente ou symbolique que réelle » (22), car il conservait, au-delà des mots, une nature conventionnelle, ce traité n'est pas entré en vigueur. Quant au Traité de Lisbonne, il procède à un « déshabillage constitutionnel » (23) particulièrement sensible sur le plan

(17) Ce que confirme la version anglaise de l'arrêt en mentionnant « with a view to establishing ».

(18) C.J., 29 octobre 1980, *Roquette*, aff. C-138/79, *Rec.*, p. 3333, pt 33.

(19) L'Acte unique européen l'a instauré pour les accords d'association et d'adhésion.

(20) Rapport de la C.J.C.E., mai 1995, publié dans la *Rev. trim. dr. eur.*, 1995, pp. 678 et s., et disponible sur le site de la Cour, p. 20.

(21) J. Raux, « La constitutionnalisation du système communautaire dans un traité fondamental de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 3.

(22) G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 2012, p. 28.

(23) L'expression est empruntée à G. Guillermin, « Un traité en trompe-l'œil », in E. Brosset, C. Chevallier-Govers, V. Edjerian et C. Schneider (dir.), *Le traité de Lisbonne, reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 16.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

sémantique, sans toutefois toucher le fond. La qualification de l'article 218 TFUE « de norme de portée constitutionnelle » apparaît ainsi toujours pleinement justifiée juridiquement et... même, de surcroît, diplomatiquement au regard de la sensibilité des États !

Envisagé du point de vue matériel, le qualificatif attribué en 1994 à l'article 228 reste également pertinent. Les modifications successives de cet article (24), outre la prise en compte des grandes évolutions de l'Union – pouvoirs des institutions, modalités de vote du Conseil, métamorphoses de l'action extérieure –, l'ont étoffé au point de faire de l'article 218 TFUE « la troisième plus longue disposition du TFUE » (25) ; les diverses étapes du schéma procédural ont progressivement été mieux identifiées, y compris pour la phase de mise en œuvre des accords, et des variantes ont été introduites selon les caractéristiques des accords et leur domaine. Toutefois, si le rôle de norme « matricielle » (26) de l'article 218 TFUE est confirmé par le Traité de Lisbonne, l'équilibre institutionnel, changeant par nature, a profondément évolué (27). La disparition des piliers et la création d'une procédure commune pour tous les accords, y compris PESC, ont conduit à l'intégration dans un schéma procédural d'essence communautaire d'un nouvel acteur, le Haut Représentant, et à une prise en compte des spécificités institutionnelles de cette politique qui s'avèrent peu en phase avec le mouvement de démocratisation de l'Union. Il en résulte une norme toujours de portée constitutionnelle, mais avec un repositionnement des acteurs et une intrication croissante de leurs pouvoirs.

La centralité du Conseil est confirmée dans la procédure, centralité qui se reflète dans la nouvelle rédaction de l'article 218 TFUE. Le paragraphe 2 décrit ainsi ses fonctions, et c'est par rapport à elles que sont présentées celles des autres institutions ; sept des onze paragraphes ont significativement comme « entrée » le Conseil (28).

---

(24) Voy. A. DE WALSCHE, « La procédure de conclusion des accords internationaux », in J.-V. LOUIS (dir.), *Commentaire Mégret*, vol. 12 « Relations extérieures », éd. de l'ULB, 2005, pp. 77 et s.

(25) C. RAPOPORT, « La procédure de conclusion des accords externes de l'Union européenne : quelle unité après Lisbonne ? », in I. GOVAERE, E. LANNON, P. VAN ELSUWEGE et S. ADAM (dir.), *The European Union in the World, Essays in honour of Marc Maresceau*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 150, note 3. De deux paragraphes à l'origine, l'art. 228 passe à sept avec le Traité de Maastricht ; après la révision de Lisbonne, l'art. 218 TFUE en comprend onze. La seule « amputation » concerne le paragraphe relatif à la portée contraignante des accords qui a été transféré à l'art. 216 TFUE.

(26) C. RAPOPORT, « La procédure de conclusion des accords externes de l'Union européenne : quelle unité après Lisbonne ? », *op. cit.*, p. 150.

(27) Pour une approche générale, voy. F. FINCK, « L'évolution de l'équilibre institutionnel de l'UE sous le prisme des relations extérieures depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne », *Rev. trim. dr. eur.*, 2012, n° 3.

(28) Il autorise l'ouverture des négociations, adresse des directives au négociateur qu'il lui revient de déterminer et désigne un comité spécial en consultation avec lequel elles sont conduites. Le Conseil autorise par ailleurs la signature assortie, le cas échéant, d'une application provisoire. Il conclut l'accord et peut, par la suite, adopter des décisions concernant sa mise en œuvre : habilitation du négociateur à le modifier selon une procédure simplifiée, suspension et positions en vue de l'adoption de décisions dans les organes mixtes des accords.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Celui-ci doit toutefois composer avec le Parlement européen dont les pouvoirs augmentent « de manière considérable et sans précédent » avec le Traité de Lisbonne (29) : l'avis conforme envisagé comme dérogatoire par rapport à la procédure d'avis simple dans l'article 300, paragraphe 3, TCE, disparaît au profit de l'approbation dont le champ d'application, largement accru, en fait la procédure de droit commun par rapport à la consultation, même si le traité ne le mentionne pas (30). Seuls les accords portant exclusivement sur la PESC font exception. De plus, le Parlement européen, bien que toujours dépourvu de pouvoirs dans la phase de négociations et de mise en œuvre des accords (31), est désormais « immédiatement et pleinement informé à toutes les étapes de la procédure » (32), c'est-à-dire bien au-delà des hypothèses initialement prévues par le Traité d'Amsterdam. Cette position institutionnelle rehaussée crée un rapport de force favorable au Parlement vis-à-vis des autres institutions, comme en témoignent l'accord-cadre de 2010 avec la Commission (33) ou certaines concessions obtenues du Conseil, par exemple, en matière d'application provisoire (34).

Quant à la Commission, elle conserve son pouvoir traditionnel de négociatrice mais sa situation institutionnelle est directement affectée par l'irruption du Haut représentant. De plus, l'occasion de la révision de Lisbonne a été saisie par les États pour réduire ses prérogatives. Symboliquement, son pouvoir autonome de conclusion n'est plus mentionné, alors qu'elle avait toujours cherché à l'accroître (35). Surtout, le quasi-monopole d'initiative et de négociation des accords qu'elle détenait au titre de l'article 300 TCE en matière communautaire disparaît. Excepté pour les accords commerciaux (art. 207 TFUE), c'est au Conseil de désigner le négociateur ou le chef de délégation en fonction de la matière envisagée, d'où un risque de concurrence entre Commission et Haut représentant, également vice-président de la Commission. Ce choix se prolonge si le Conseil décide d'habiliter le négociateur à modifier l'accord selon une procédure simplifiée. Son encadrement par le Conseil – via son autorisation, ses directives et la désignation d'un co-

(29) I. Bosse-Platière, « Le Parlement et la procédure de conclusion des accords externes », in J. Auvret-Finck (dir.), *Le Parlement européen après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 81.

(30) Sur les lectures de l'art. 218, § 6, TFUE, voy. I. Bosse-Platière, *ibid.*, p. 85.

(31) Sauf dans l'hypothèse où l'acte adopté par l'instance créée par un accord compléterait ou modifierait le cadre institutionnel de cet accord (art. 128, § 9, TFUE).

(32) § 10.

(33) Accord-cadre sur les relations entre les deux institutions, *JO*, L 304 du 20 novembre 2010, p. 47. Voy. C. Rapoport, « Aménager les procédures ou s'arranger avec les procédures ? À propos du nouvel accord-cadre Parlement européen-Commission », *RUE*, juillet-août 2011, nº 550, pp. 461 et s.

(34) C. Flaesch-Mougin et I. Bosse-Platière, « L'application provisoire des accords de l'Union européenne », in I. Govaere, E. Lannon, P. Van Elsuwege et S. Adam (dir.), *The European Union in the World, Essays in honour of Marc Maresceau*, *op. cit.*, p. 306.

(35) Voy. A. de Walsche, « L'article 228 révisé par le traité d'Amsterdam », in M. Dony (dir.), *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, éd. de l'ULB, 1999, p. 65, ou, plus récemment, le projet Pénélope qui lui reconnaissait compétence pour conclure des accords de coopération administrative avec les administrations des pays tiers et des organisations internationales, art. III-103, § 7, p. 89.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

mité spécial – est, par ailleurs, confirmé. Témoignant de la sensibilité de la question pour la Commission, celle-ci a introduit un recours (36) contre une décision du Conseil l'autorisant à ouvrir des négociations en matière d'environnement. Celle-ci affecterait ses pouvoirs de négociation en lui imposant unilatéralement une procédure détaillée et en dotant le comité spécial, qui n'a qu'un pouvoir consultatif, de celui d'arrêter des positions détaillées de négociation. Bien que portant sur un autre aspect de l'article 218 TFUE, on notera que le Conseil a introduit, de son côté, un recours contre la Commission qui s'était, en violation du paragraphe 9, dispensée de recueillir sa position avant de déposer, au nom de l'Union, des observations écrites devant le Tribunal international du droit de la mer (37).

Sous couvert de schéma procédural unifié apparaît ainsi une arborescence complexe de situations qui associent les acteurs, selon des modalités différentes et à déterminer au cas par cas. Or, « aussi légitime soit-elle, la diversité procédurale véhicule immanquablement son lot d'incertitudes dans l'interprétation des dispositions de l'article 218 TFUE » (38). Dès lors, l'équilibre institutionnel qui y est établi ne pourra être respecté que grâce à une solide coopération interinstitutionnelle. Si elle est sans conteste recherchée, elle ne semble toutefois jusqu'à présent pas avoir été suffisante pour éviter une explosion inédite de contentieux (39) focalisés sur la violation de l'article 218 TFUE, en lien avec l'article 13, paragraphe 2, TUE et les principes d'équilibre institutionnel et de coopération loyale. Ces contentieux se surajoutent aux traditionnels recours concernant le choix de la base juridique matérielle des accords, dont l'« importance de nature constitutionnelle » (40) englobe également des aspects procéduraux, qu'il s'agisse des modalités de vote du Conseil ou de l'implication du Parlement européen (41). Le nombre des contentieux, bien que particulièrement élevé depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, doit toutefois être relativisé au regard de la généralité de l'article 218 TFUE et du nombre de décisions adoptées chaque année sur sa base.

(36) Recours introduit le 24 juillet 2013, *Commission c. Conseil*, aff. C- 425/13.
(37) Recours introduit le 10 février 2014, *Conseil c. Commission*, aff. C-73/14.
(38) C. Rapoport, « La procédure de conclusion des accords », *op. cit.*, p. 156.
(39) En juillet 2014, sept recours avaient été introduits sur la base d'une violation d'une disposition de l'art. 218 TFUE (aff. C-658/11, *Parlement européen c. Conseil* ; C-28/12, *Commission c. Conseil* ; C-114/12, *Commission c. Conseil* ; C-399/12, *Allemagne c. Conseil* ; C-425/13, *Commission c. Conseil* ; C-73/14, *Conseil c. Commission* ; C-263/14, *Parlement européen c. Conseil*) ; un autre recours vise l'annulation d'un mémorandum d'accord sur la contribution financière de la Suisse signé par la Commission sans autorisation préalable, mais se fonde sur la violation des principes d'équilibre institutionnel et de coopération loyale sans viser spécifiquement l'art. 218 TFUE (aff. C-660/13, *Conseil c. Commission*).
(40) C.J., 6 décembre 2001, avis 2/00 relatif au Protocole de Cartagena, *Rec.*, p. I-9713, pt 5.
(41) Voy., p. ex., l'aff. C-103/12, *Parlement c. Conseil*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. – L'article 218 TFUE, une norme plus que jamais « générale »

Lorsque la Cour, dans son arrêt du 9 août 1994, qualifie l'article 228 de « norme générale », cette généralité, bien que déjà enrichie par la jurisprudence, est toute relative au regard des dispositions du traité. Les révisions successives ainsi que la pratique institutionnelle ont toutefois beaucoup fait évoluer la situation, donnant pleine portée à cette formule. Plus que jamais en 2014, le qualificatif fait sens pour l'article 218 TFUE qui apparaît d'une généralité insoupçonnée.

A. – Une généralité régulièrement amplifiée par les révisions des traités

La qualification de l'article 228 du Traité CEE de norme générale en 1994 pouvait se comprendre à l'époque au regard de la place de cet article dans la sixième partie du traité consacrée aux « dispositions *générales* et finales » (42). La Cour tirait de ce positionnement dans le système du traité certaines conséquences, comme elle l'avait fait pour d'autres dispositions (43). La procédure décrite succinctement à l'article 228 se conjuguait alors avec les indications procédurales figurant dans les dispositions prévoyant la conclusion d'accords. Mais son champ d'application était limité par leur rareté (politique commerciale et accords d'association). La Cour a toutefois invité, dès 1971, dans son arrêt *AETR*, à faire un usage large de l'article 228, la procédure pour négocier les accords adoptés sur le fondement des compétences implicites devant être déterminée par les dispositions procédurales du domaine en cause et « celles régissant la conclusion d'accords par la Communauté » (44). Ce passage obligé par l'article 228 témoignait déjà implicitement de son caractère général, qui sera clairement affirmé plus tard par la Cour.

Le Traité de Maastricht a fait de l'article 228 la norme procédurale de principe pour les accords externes de la Communauté, organisant un renvoi systématique vers cet article dans les dispositions matérielles prévoyant la conclusion d'accords, contrairement à la situation antérieure. Par ailleurs, cette révision, de même que celles qui suivirent, a accru la généralité de cette norme du point de vue matériel, en raison du nombre croissant d'accords concernés par ce schéma procédural : ceux fondés sur des compétences expresses élargies dans le cadre des politiques externes ou internes, dont plusieurs nouvelles, et ceux reposant sur les compétences implicites, dont le nombre s'est potentiellement accru en raison des nouveaux domaines de compétences internes de la Communauté. Mais, assez curieusement,

(42) Souligné par nos soins.

(43) Les ex-art. 210 sur la personnalité juridique (C.J., 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*, aff. C-22/70 dite *AETR*, p. 262) et 238 en matière d'association (C.J., 30 septembre 1987, *Demirel*, aff. C-12/86, *Rec.*, p. 3747).

(44) C.J., 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*, préc., pt 73.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

la rédaction initiale de l'article 228 faisant référence « aux cas où les dispositions du présent traité prévoient la conclusion d'accords [de la Communauté] » a été conservée jusqu'au Traité de Lisbonne, alors même que la jurisprudence et la pratique en faisaient une application dépassant ces seuls cas « prévus ». La formule disparaît paradoxalement de l'article 218 TFUE au moment où les divers fondements, exprès ou implicites, des accords à conclure sur cette base procédurale ont été spécifiquement « prévus » à l'article 216, paragraphe 1er, TFUE.

Avant le Traité de Lisbonne, la seule limite à la généralité de l'article 300 TCE (ex-228) résultait, hormis les accords monétaires (45), de la structure de l'Union en piliers : il ne disposait que pour les accords de la Communauté européenne, faisant échapper à son emprise les accords externes pouvant être conclus depuis le Traité d'Amsterdam en matière de PESC (art. 24 TUE) et de coopération policière et judiciaire en matière pénale (art. 38 TUE). L'unification de l'Union résultant du Traité de Lisbonne met fin à cette dualité de bases procédurales, et l'article 218 TFUE est désormais applicable à tous les accords externes de l'Union européenne. Selon les termes mêmes de la Cour, il « prévoit désormais une procédure unifiée et de portée générale concernant la négociation et la conclusion des accords internationaux que l'Union est compétente pour conclure dans ses domaines d'action, y inclus la PESC, sauf lorsque les traités prévoient des procédures spéciales » (46). Certes, l'article 218 TFUE figure dans la 5e partie du TFUE, « Action extérieure de l'Union », qui n'aborde pas la PESC dans ses politiques, mais son appartenance au titre consacré aux « accords internationaux » ainsi que ses dispositions qui se réfèrent à deux reprises aux accords portant sur la PESC témoignent de l'existence d'une norme « générale » s'appliquant en principe à tous les accords, quel qu'en soit le domaine. Quelques situations particulières (47) ou dérogatoires (48) sont en effet identifiées, mais ce n'est pas le cas des accords fondés sur l'article 37 TUE, alors que les auteurs du traité de Lisbonne n'ont pas manqué de marteler les spécificités de la PESC pour d'autres aspects. On peut enfin ajouter que le nouveau positionnement de l'article 218 TFUE qui disparaît des « dispositions générales et finales » du Traité FUE n'entame pas sa généralité, mais confirme, au contraire, en suivant la jurisprudence de la Cour, la volonté de ne pas le limiter aux accords relevant de ses seules politiques.

Tous les accords de l'Union européenne, quel qu'en soit le domaine, doivent donc désormais recourir à l'article 218 TFUE comme base procédurale. Il en est ainsi pour les décisions se rapportant à leur négociation, leur signature et leur conclusion, mais aussi pour celles relatives à leur mise en œuvre ; sous l'angle des situations couvertes, les diverses révisions ont aussi contribué à la généralité de la base procédurale des accords et, en dernier

(45) Art. 111, § 1er, TCE.
(46) C.J., 24 juin 2014, *Parlement c. Conseil*, aff. C-658/11, non encore publ., pt 52.
(47) Accord de commerce (art. 207 TFUE) et accord de retrait (art. 50 TUE).
(48) Art. 219 TFUE concernant les accords monétaires et de change.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

lieu, de l'article 218 TFUE. Mais celle-ci résulte également de l'approche large qui a été faite de la notion d'accord au sens des articles 228 TCEE, 300 TCE et 218 TFUE.

B. – Une généralité accrue par l'acception large de la notion d'accord prévue à l'article 228 TCEE, article 300 TCE et 218 TFUE : entre interprétation extensive et application par analogie

La notion d'accord est au cœur de l'article 228 (et de ses successeurs), mais elle n'est pas définie. Aussi, la Cour a-t-elle été rapidement confrontée à cette question. Dès sa première saisine au titre de sa compétence consultative, elle a considéré, à propos d'un « arrangement OCDE » (49), que l'article 228 entend utiliser le terme d'accord « dans un sens *général* » (50) pour désigner « tout engagement pris par des sujets de droit international et ayant une force obligatoire, quelle qu'en soit la qualification formelle ». La souplesse de l'approche de la Cour lui a ainsi permis de considérer que « l'adoption de décisions (contraignantes) d'organisations internationales équivaut à la conclusion d'un accord » (51). C'est également sur la base des critères énoncés en 1975 que la Cour s'est prononcée dans le cadre de son contrôle *a posteriori* des accords : elle a ainsi jugé l'action de la France recevable en 1994, car l'accord en cause visait à produire des effets juridiques (52), mais pas en 2004, car l'accord sur des lignes directrices sur la coopération et la transparence en matière de réglementation n'édictait pas de règles contraignantes (53). Outre l'exigence d'une manifestation de volonté, l'existence d'un accord requiert l'engagement des parties, au moins de deux. La question a été soulevée dans le cadre d'une affaire pendante devant la Cour à propos d'une déclaration attribuant des possibilités de pêche aux navires du Venezuela au large des côtes de Guyane (54). Bien que le moyen n'ait pas été soulevé par les parties, qui ont, semble-t-il, toutes accepté l'article 218 TFUE comme base procédurale de l'acte, l'avocat général Sharpston doute, dans ses conclusions présentées le 15 mai 2014, de l'existence d'un « accord », non en raison de la forme de l'acte, mais faute d'acceptation du Venezuela. Il est toutefois intéressant de relever que, dans le silence des traités, elle propose « l'application par analogie de l'article 218 TFUE [...] même si cette conclusion demande à triturer quelque peu les dispositions

(49) C.J., 11 novembre 1975, avis 1/75 relatif à un arrangement concernant une norme pour dépenses locales, *Rec.*, p. 1355.

(50) Souligné par nos soins.

(51) Concl. Cruz Villalon présentées le 29 avril 2014 dans l'aff. C-399/12, *Allemagne c. Conseil*, pt 44. L'avocat général cite en ce sens les avis 1/78 et 2/92. Depuis le Traité de Nice, il existe toutefois une procédure pour fixer les positions à prendre au nom de l'Union dans une instance créée par un accord lorsqu'il est appelé à adopter des actes ayant des effets juridiques.

(52) Pt 27 de l'arrêt *France c. Commission*, aff. C- 327/91, préc.

(53) C.J., 2004, *France c. Commission*, aff. C-233/02, *Rec.*, p. I-2759, pt 43.

(54) Aff. jtes C-103/12 et C-165/12. Le Parlement européen et la Commission demandaient l'annulation de la décision d'approbation du Conseil en raison de la base matérielle retenue (art. 43, § 3, TFUE).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de ce texte » (55). De son point de vue, retenir une lecture stricte des traités priverait l'Union de sa capacité d'adopter, en tant que sujet de droit international, de telles déclarations internationales ayant force obligatoire et donc d'exercer toutes les formes d'action extérieure (56). Cela risquerait, de plus, de conduire à « une foire d'empoigne interinstitutionnelle » (57) et de saper l'efficacité de l'action sur la scène internationale de l'Union.

Le recours pragmatique aux articles 228 TCEE, 300 TCE et 218 TFUE se traduit également à travers l'acception large de la notion de partie à l'accord visée par ces dispositions.

Concernant en premier lieu la partie européenne, les dispositions du traité ont évolué. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'Union européenne, dotée expressément de la personnalité juridique, est la partie visée à l'article 218 TFUE ; elle se substitue et succède à la Communauté, mentionnée à l'article 228, puis 300 TCE, et dotée, « selon l'article 210 du traité [de] la personnalité juridique, [...] et de la capacité de s'engager par la conclusion d'un accord avec un État tiers ou une organisation internationale » (58). L'examen des accords conclus sur ces bases procédurales montre toutefois qu'ils n'ont pas nécessairement pour partie contractante l'Union (ou la Communauté) ou pas seulement elle seule comme partie.

Il en est ainsi lorsque l'Union (comme, jadis, la Communauté) dispose d'une compétence mais ne peut, en tant qu'organisation d'intégration, devenir partie à une convention multilatérale et doit exercer sa compétence « par l'intermédiaire des États membres agissant solidairement dans l'intérêt de la Communauté » (59) : c'est le cas emblématique des conventions de l'O.I.T., mais il est loin d'être le seul (60). Si, au plan interne, les décisions du Conseil concernant les diverses étapes de la procédure (négociation ; signature, ratification ; amendement) sont fondées sur les dispositions du traité (soit l'art. 218 TFUE aujourd'hui), elles s'analysent comme une autorisation donnée aux États membres pour intervenir à ces différents stades et se lier « dans l'intérêt de l'Union » concernant les aspects de la convention relevant de ses compétences exclusives. Mais, au plan international, les parties à l'accord sont uniquement les États membres, et ni l'Union ni, auparavant, la Communauté n'apparaissent. On n'est donc pas formellement en présence d'un accord international de la CE/UE et, selon les termes utilisés par la Commission en vue de la ratification de la convention n° 189 de l'O.I.T., « la proposition est fondée sur l'article 218, paragraphe 6, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), *applicable*

(55) Pt 123 des concl.
(56) Pt 108 des concl.
(57) Pt 104 des concl.
(58) Arrêt du 9 août 1994 préc., pt 24.
(59) C.J., 19 mars 1993, avis 2/91 relatif à la convention n° 170 de l'O.I.T., *Rec.*, p. I -1061, pt 5.
(60) Voy., p. ex., la décision du Conseil du 27 mai 2013 autorisant les États membres à signer, dans l'intérêt de l'Union européenne, le traité sur le commerce des armes, *JO*, L 155/9 du 7 juin 2013, p. 9.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

par analogie » (61). À la suite de l'avis O.I.T. de la Cour où elle avait considéré que les conditions de l'article 228 étaient remplies pour sa saisine, le recours à cette disposition (et celles qui ont suivi) semblait possible pour fonder les diverses décisions du Conseil se rapportant à l'élaboration et à la mise en œuvre d'une convention dont la CE/UE ne pouvait être partie. Toutefois, une affaire pendante devant la Cour soulève la question du recours à la procédure de l'article 218 TFUE pour arrêter la position de l'Union à défendre dans une organisation, en l'espèce l'Organisation de la vigne et du vin, dont elle n'est pas membre (62). L'avocat général, considérant que l'on n'est pas en présence d'un accord de l'Union permettant l'adoption de tels actes sur cette base, examine néanmoins la possibilité d'une application de l'article 218 TFUE par analogie (63). Mais cette solution ne lui semblerait concevable que dans l'hypothèse où l'Union ne peut devenir membre d'une organisation internationale, ce qui est le cas de l'O.I.T. par exemple, mais pas de l'O.I.V. La décision de la Cour est très attendue, car elle tracera pour la première fois des limites à l'application de l'article 218 TFUE.

Dans le cas des accords mixtes, l'article 218 TFUE (comme ses prédécesseurs) a été appliqué non par analogie mais sur la base d'une interprétation large du traité. En raison de leur contenu relevant des compétences de l'Union, d'une part, et de celles des États membres, d'autre part, ils exigent une coopération étroite découlant de l'exigence d'unité de représentation internationale de l'Union (64). La procédure de l'article 218 TFUE s'applique, mais avec des aménagements et/ou compléments visant à tenir compte de la présence des États et à assurer leur engagement juridique pour la partie de l'accord relevant de leurs compétences (65). Toutefois, l'expression de l'engagement juridique de l'Union appelle des décisions du Conseil, conformément aux dispositions du traité. La sollicitation pragmatique de l'article 218 TFUE pour un accord de l'Union et de ses États membres, alors même que son paragraphe 1er se réfère uniquement aux accords de l'Union (et ses prédécesseurs aux accords de la Communauté), pallie le silence des traités sur les accords mixtes. Elle évite ainsi une fragmentation de l'accord qui avait jadis été proposée, mais dont la réalisation semble aussi délicate au regard de l'enchevêtrement des compétences que contre-productive aux yeux des tiers. Alors que la pratique semblait acquise et les accords mixtes validés par la Cour, elle pourrait être remise en cause par l'apparition de décisions émanant du Conseil et des représentants des gouvernements des

(61) Proposition de décision du Conseil autorisant les États membres à ratifier, dans l'intérêt de l'Union européenne, la convention nº 189 de l'O.I.T. de 2011 concernant un travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques, *COM*(2013) 152 du 21 mars 2013, p. 5. Souligné par nos soins.

(62) Aff. C-399/12 préc.

(63) Pts 101-114 des concl.

(64) Avis 2/91 préc., pt 36.

(65) Les négociations incombent au négociateur désigné par le Conseil, seul ou selon une formule permettant la représentation des États ; l'accord est signé par chacun d'eux et par l'Union, et il fait l'objet d'une ratification/approbation de leur part en plus de conclusion prévue à l'art. 218 TFUE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

États membres réunis au sein du Conseil, et faisant ainsi coexister un acte de l'Union et un acte intergouvernemental au lieu de la décision du seul Conseil sur la base de l'article 218 TFUE. La Commission, estimant que ces décisions, dites hybrides, sont contraires à diverses dispositions du traité, a saisi la Cour d'un recours en annulation contre deux d'entre elles. L'une concerne la signature et l'application provisoire de deux accords de l'Union et de ses États membres en matière de transport aérien (66), et l'autre porte sur l'autorisation d'ouverture des négociations de la convention sur la protection des droits des organismes de radiodiffusion (67). Les conclusions prononcées par l'avocate générale Sharpston dans cette seconde affaire mettent en doute la légalité d'un acte qui, sous couvert de coopération étroite, ne permet pas à chaque composante de la partie européenne d'appliquer ses propres procédures constitutionnelles et, notamment, celles prévues à l'article 218 TFUE pour l'Union (68). Elle souligne que celui-ci donne compétence au seul Conseil pour autoriser la négociation, mais aussi la signature et la conclusion d'accords internationaux au nom de l'Union, indépendamment de savoir s'ils sont ou non mixtes (69). Et l'on peut ajouter, à l'appui de cette thèse, que l'ex-article 133, paragraphe 6, CE imposait en matière commerciale « une *décision communautaire* prise conformément aux dispositions pertinentes de l'article 300 » (70) pour la négociation d'un accord relevant de la compétence partagée de la Communauté et de ses États membres. Dans l'autre affaire pendante, les conclusions n'ont pas été présentées, mais, en suivant le raisonnement précédent, il paraît douteux que le Conseil puisse, dans le cadre d'une décision hybride, se prononcer sur l'application provisoire d'un accord dont une partie relève des compétences des États. Les règles de l'Union ne permettent pas au Conseil de disposer pour les États, alors que les lois constitutionnelles nationales imposent des exigences propres à chacun d'entre eux pour s'engager. Ces contentieux offriront à la Cour l'occasion de donner une interprétation bienvenue de l'article 218 TFUE en relation avec les accords mixtes et, s'il y a lieu, d'offrir à la pratique une assise jurisprudentielle.

Quant à la partie « tierce » à l'accord, elle témoigne également de la souplesse avec laquelle l'article 228 et ses successeurs ont été interprétés, contribuant à leur « caractère général ». La nouvelle rédaction de l'article 218 TFUE prend partiellement en compte la pratique, mais soulève aussi de nouvelles questions.

Jusqu'au Traité de Lisbonne étaient visés « les accords entre la Communauté et un ou plusieurs États ou organisations internationales ». Le terme

(66) Recours introduit le 18 janvier 2012, *Commission c. Conseil*, aff. C-28/12. La Commission invoque la violation des art. 13, § 2, TUE, et 218, §§ 2, 5 et 8, TFUE.

(67) Recours introduit le 1er mars 2012, aff. C-114/12. Outre la question de compétence de l'Union pour conclure seule la convention, la Commission invoquait la violation des art. 13 et 16, § 3, TUE et 218, § 8, TFUE.

(68) Concl. présentées le 3 avril 2014, pt 170.

(69) Concl. préc., pt 172.

(70) Souligné par nos soins.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« État », comme celui d'organisation internationale, coïncidait avec la définition d'accord donnée par la Cour, à savoir un engagement entre « sujets de droit international ». Mais il se différenciait du terme, moins juridique, de « pays » utilisé à partir du Traité de Maastricht dans les dispositions relatives à la politique de coopération au développement, puis, après la révision de Nice, pour la coopération économique, financière et technique avec les tiers. Cet assouplissement terminologique a été exploité par la Communauté pour nouer des relations avec des entités non reconnues en tant qu'États, notamment pour le très politique accord d'association intérimaire avec l'OLP, agissant pour le compte de l'Autorité palestinienne (71). Bien que l'on ne soit pas en présence d'un État ni d'une entité possédant tous les attributs d'un sujet de droit international, l'article 228 a été utilisé comme base procédurale (72). La nouvelle rédaction de l'article 218 TFUE qui n'est sans doute pas étrangère à ce précédent vise désormais les accords avec des « pays », et non plus des États, et constitue une mise en cohérence bienvenue entre dispositions matérielles (73) et procédurales de l'action extérieure. Elle facilitera l'éventuel renouvellement de l'accord euro-palestinien et la conclusion d'un accord de stabilisation et d'association avec le Kosovo à propos duquel la Commission, dans son étude de faisabilité, confirmait que « la possibilité qu'a l'Union de conclure des accords internationaux ne se limite pas aux États indépendants généralement reconnus comme tels ou aux organisations internationales. Ce type d'accord peut être conclu avec toute entité dont l'autre partie contractante accepte qu'elle puisse devenir partie à un accord qui sera régi par le droit international public » (74).

L'autre changement intervenu dans la rédaction de l'article 218 TFUE par rapport aux précédents articles 228 TCEE et 300 TCE a trait à la qualification du pays avec lequel l'Union se lie par un accord. Alors qu'avant le Traité de Lisbonne, il n'était pas fait référence au caractère « tiers » de l'État, le nouvel article spécifie « pays *tiers* » (75). Cet ajout confirme la vocation d'« instrument d'exécution des compétences » (76) des accords visés à l'article 218 TFUE, mais l'insertion du qualificatif « tiers » suscite des interrogations à propos d'accords que l'Union peut être amenée à conclure avec l'un de ses États membres. La situation s'est rencontrée avec le Danemark en matière d'ELSJ pour tenir compte du statut particulier de cet État membre (77), ou dans le secteur de la pêche (78), des accords ayant

(71) Voy. E. Lannon, « L'accord d'association intérimaire CE-OLP : l'institutionnalisation programmée des relations euro-palestiniennes », *R.A.E.*, 1997/2, p. 169.

(72) L'accord repose, par ailleurs, sur les anciens art. 113 et 130Y TCE, *JO*, L 187 du 16 juillet 1997, p. 3.

(73) L'art. 37 TUE conserve toutefois, pour les accords PESC, le terme « État ».

(74) Doc. *COM*(2012) 602 du 10 octobre 2012, p. 3.

(75) Souligné par nos soins.

(76) E. Neframi, « Accords internationaux », *J.Cl. Eur.*, fasc. 192-1, 2011, n° 22, p. 10.

(77) Lorsque l'*opt-out* s'est révélé un handicap à la suite de la communautarisation de conventions auxquelles le Danemark était partie en matière de coopération judiciaire (conventions de Bruxelles) et d'asile (convention de Dublin), voy. C. Billet, *Dimension externe de l'ELSJ et action extérieure de l'Union européenne*, thèse multigraphiée, Rennes, 2014, p. 289.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

été conclus avec ce même pays en raison de la situation d'autonomie de territoires qui en dépendent et pour lesquels il exerce les fonctions internationales (Groenland et îles Féroé). Ces accords pourront-ils être fondés sur l'article 218 TFUE, comme jadis l'article 300 TCE ? En dépit de la lettre de cet article, la réponse semble devoir être positive au regard de l'approche extensive qui a traditionnellement été faite de cette base procédurale et au vu de la pratique post-Lisbonne (79). Toutefois, même si l'État membre peut, dans ces circonstances, être dans une situation d'extranéité (80) ou d'extériorité assimilée à celle d'un État tiers (81), il est difficile de le considérer comme tiers au sens des conventions de Vienne (82), dans la mesure où il reste partie aux traités et tenu par les obligations générales qui en découlent, spécialement le principe de coopération loyale (83).

Constamment accrue, à la fois par les textes et la pratique, la généralité de la norme procédurale de référence des accords externes commence toutefois à soulever certaines questions sur les limites de son utilisation. Quant à la portée générale (accrue) de l'article 218 TFUE à la suite de la révision de Lisbonne, elle peut tout autant conforter que contrarier l'approche de cet article en tant que norme autonome.

---

(78) Voy., p. ex., le règlement concernant la conclusion de l'accord de partenariat en matière de pêche entre la Communauté européenne, d'une part, et le Danemark et le gouvernement autonome du Groenland, d'autre part, *JO*, L 172 du 30 juin 2007, p. 1.

(79) Voy., p. ex., la décision relative à la conclusion du protocole à l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche préc., *JO*, L 28 du 31 janvier 2014, p. 1, ou, s'agissant d'un autre domaine et d'un autre État membre, la décision relative à la signature de l'accord entre l'Union européenne et la République française visant à l'application, en ce qui concerne la collectivité de Saint-Barthélemy, de la législation de l'Union sur la fiscalité de l'épargne et la coopération administrative dans le domaine de la fiscalité, *JO*, L 313 du 22 novembre 2013, p. 1, à la suite de l'accession de Saint-Barthélémy, autrefois RUP, au statut de PTOM.

(80) M.-C. Runavot, « Regard décalé de l'internationaliste : la notion d'État tiers relativisée par le droit de l'UE », in I. Bosse-Platière et C. Rapoport (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 50.

(81) Voy. D. Perrot, « "Le régime spécial d'association" des PTOM : entre extériorité et intériorité », in I. Bosse-Platière et C. Rapoport (dir.), *L'État tiers*, *op. cit.*, p. 411, et les avis de la Cour précisant que « les territoires en question, du fait qu'ils restent en dehors du domaine d'application du traité CEE [...] se trouvent à l'égard de la Communauté dans la même situation que les États tiers » (avis 1/78, 4 octobre 1979, *Rec.*, p. 2871, pt 62 et confirmation dans l'avis 1/94, 15 novembre 1994, *Rec.*, I, p. 5267, pt 17).

(82) L'expression « État tiers » s'entend d'un État qui n'est pas partie au traité, voy. art. 2, § 1er, g), de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États de 1969 et art. 2, § 1er, h), de celle de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

(83) S'agissant des risques de contradiction entre les intérêts des territoires dépendant d'un État membre et de ceux de l'Union, on ne peut que regretter la disparition de la déclaration relative à la représentation des intérêts des PTOM qui était annexée au Traité de Maastricht et précisait les obligations comportementales de l'État membre.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

III. – L'article 218 TFUE, une norme au caractère autonome en débat

La Cour a décliné le concept d'autonomie de diverses manières et, en tout premier lieu, à propos de l'ordre juridique spécifique de la Communauté par rapport à d'autres ordres juridiques. En caractérisant l'ex-article 228 TCEE de « norme autonome », c'est aussi sa spécificité qui a été soulignée, mais, en 1994, dans le système du Traité CEE. Dans le contexte post-Lisbonne, la question de l'autonomie de l'article 218 TFUE reste pleinement d'actualité, mais revisitée en raison de la disparition des piliers et du fait que cette disposition est devenue la base procédurale unique de tous les accords externes de l'Union : alors que l'article 40 TUE matérialise l'étanchéité entre la PESC et les autres dimensions de l'Union et traduit la volonté d'éviter une affectation réciproque des procédures et attributions prévues dans des politiques sous-tendues par des logiques différentes de la construction européenne, l'article 218 TFUE traduit une recherche (inaboutie) de métissage institutionnel et procédural. Ses dispositions oscillent entre souci de parallélisme avec le dispositif prévu par les diverses politiques et recherche d'autonomie dans le cadre du système de l'action extérieure de l'Union.

A. – L'article 228, une norme qualifiée d'autonome dans le système du Traité CEE

Saisie par la France, volontiers suspicieuse face à une institution jugée trop activiste en matière externe, la Cour devait se prononcer en 1994 sur la question de savoir si la Commission disposait du pouvoir de conclure elle-même un accord administratif avec les États-Unis en matière de concurrence. Si des compétences lui étaient reconnues par l'article 228 pour conclure des accords, leur objet n'était pas défini. La Commission, pour justifier sa position, a invoqué l'existence des pouvoirs normatifs qu'elle détenait au plan interne dans ce domaine, car, selon elle, « la compétence pour assumer des obligations sur le plan international appartiendrait aux mêmes organes que ceux qui sont compétents pour exercer les pouvoirs normatifs communautaires au niveau interne, avec pour conséquence qu'une compétence autonome de la Commission serait envisageable dans les secteurs dans lesquels des compétences normatives propres lui sont attribuées » (84). Cette thèse pouvait se fonder sur l'arrêt *AETR* dans lequel la Cour, ayant reconnu une compétence externe implicite à la CEE en matière de transport, avait considéré qu'à défaut de dispositions spécifiques applicables à la négociation et à la mise en œuvre des accords en ce domaine, il convenait de déterminer la « répartition des pouvoirs entre les institutions communautaires [...] compte tenu tant des dispositions relatives à la politique commune des transports que de celles qui régissent la conclusion d'accords par la

(84) Voy. argumentation de la Commission dans l'affaire *France c. Commission* préc., pt 37 de l'arrêt.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Communauté » (85). Ce raisonnement pouvait être transposé en matière de concurrence où la Communauté jouissait également d'une compétence implicite. Toutefois, cette solution, selon l'avocat général, aurait abouti à renoncer au caractère de « norme autonome et générale » de l'article 228, ce qui lui semblait inconcevable compte tenu de sa « portée constitutionnelle dans l'économie du traité » (86). Suivant cette position et relisant de manière restrictive l'arrêt *AETR*, la Cour a dissocié la question du parallélisme des compétences internes/externes touchant les rapports Communauté/États de celle du parallélisme des pouvoirs internes/externes attribués aux institutions.

En dépit de cette jurisprudence affirmant de façon générale le caractère de « norme autonome » de l'article 228, celui-ci, surtout après le Traité de Maastricht, comportait en son sein des dispositions inspirées tantôt par un souci de parallélisme entre procédures internes et externes, tantôt par leur autonomisation par rapport aux procédures internes.

Ainsi existait-il, et c'est encore le cas aujourd'hui, un réel parallélisme interne/externe concernant les règles de vote : si le Conseil se prononçait en principe à la majorité qualifiée aux diverses étapes de la procédure des accords, l'unanimité s'imposait dès lors que cette exigence était requise pour l'adoption des actes internes. La proposition de généralisation de la majorité qualifiée qui avait été présentée par la Commission et qui aurait pleinement consacré l'autonomie de l'article 228 n'a, en effet, pas été acceptée par les États (87).

À l'inverse, la situation du Parlement européen témoigne d'un décrochement entre procédures internes et externes. Seules les procédures de consultation et d'avis conforme ont été retenues en matière de conclusion des accords, écartant les procédures de coopération et de codécision existant au plan interne et qui auraient été peu praticables pour se prononcer sur un accord déjà signé. Surtout, les hypothèses où le Parlement était consulté dans le cadre d'un avis simple au plan interne ne coïncidaient pas nécessairement avec sa situation au plan externe, les cas d'avis conforme découlant des caractéristiques de l'accord, et non de sa base juridique matérielle. À la suite du Traité de Nice, et de la réforme de l'article 133 TCE en matière commerciale, le Parlement a même pu se prononcer sur la conclusion d'accords portant sur certains services et droits de propriété intellectuelle liés au commerce, alors même qu'il ne disposait d'aucun pouvoir au plan interne en matière commerciale (88). Ces marques d'autonomie de l'article 228, puis 300 TCE n'excluaient pas cependant certaines interférences entre procédures externes et internes qui se justifiaient en termes de cohérence

(85) Pt 73 de l'arrêt *AETR* préc.
(86) Pt 37 des concl.
(87) J. Cloos, G. Reinesch, D. Vignes et J. Weyland, *Le Traité de Maastricht, genèse, analyse, commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 359.
(88) I. Bosse-Platière, « Le Parlement européen et les relations extérieures de la Communauté européenne après le traité de Nice », *Rev. trim. dr. eur.*, juillet-septembre 2002, pp. 527 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

démocratique. Ainsi, les cas d'avis conforme étaient définis en relation avec les implications budgétaires notables d'un accord, compte tenu des pouvoirs importants du Parlement en ce domaine ou au regard des implications de l'accord sur la modification d'un acte adopté en codécision.

Avec le Traité de Lisbonne toutefois, la démocratisation à l'œuvre conduit à « l'introduction d'une logique de parallélisme des procédures internes et externes » (89) dans l'article 218 TFUE : l'approbation du Parlement européen est désormais requise pour tout accord dès lors qu'il porte sur un domaine auquel s'applique la procédure législative ordinaire ou la procédure législative spéciale lorsque l'approbation est requise (90).

Si le parallélisme semble clairement prendre le pas sur l'autonomie dans ce cas, le choix entre ces deux approches reste, en revanche, posé pour d'autres aspects de l'article 218 TFUE.

B. – L'autonomie au cœur des lectures de l'article 218 TFUE

Devenu base procédurale unique pour l'ensemble des accords externes, l'article 218 TFUE a dû concilier la logique intergouvernementale de la PESC qui se traduisait dans la procédure de conclusion jadis prévue à l'article 24 TUE, et la logique d'intégration sur laquelle reposait la « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » qu'était l'article 228 TCEE, puis 300 TCE.

Cette unification a imposé des variantes procédurales permettant de satisfaire des attentes contrastées, voire opposées. La construction de l'article 218 TFUE s'est ainsi réalisée au prix de compromis entre prise en compte du particularisme institutionnel de la PESC, en vue de sauvegarder les intérêts étatiques, d'une part, et souci d'autonomisation par rapport à ses procédures internes, pour des raisons de cohérence et de démocratisation de l'action extérieure, d'autre part.

La volonté des États de conserver une maîtrise sur les accords PESC se traduit de diverses manières dans l'article 218 TFUE où transparaît le parallélisme avec l'article 24 TUE : exclusion du pouvoir d'initiative de la Commission pour les accords portant exclusivement ou principalement sur la PESC (§ 3), absence d'intervention du Parlement européen pour la conclusion des accords portant exclusivement sur cette politique (§ 6), unanimité au Conseil pour les accords portant sur un domaine où ce vote est requis pour les actes de l'Union (§ 8).

Toutefois, une recherche d'autonomisation transparaît également dans certaines dispositions de l'article 218 TFUE, illustrant des tentatives de syncrétisme institutionnel et procédural et une volonté de dépassement du dualisme de l'action extérieure qui persiste après Lisbonne. Il en est ainsi

(89) I. Bosse-Platière, « Le Parlement européen et la procédure de conclusion des accords », *op. cit.*, p. 82.

(90) Art. 218, § 6, a), v), TFUE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de la négociation des accords, le Conseil désignant le négociateur ou le chef d'une équipe (§ 3) pouvant éventuellement être « mixte ». De même, l'intervention du Parlement est requise avant la conclusion des accords à la seule exception de ceux qui portent « exclusivement » sur la PESC, laissant entendre qu'il ne serait pas écarté de toute intervention pour des accords touchant partiellement ce domaine. De plus, un droit d'information lui est reconnu à toutes étapes de la procédure, sans précision du domaine des accords (§ 10). Enfin, le paragraphe 11 prévoit la compétence consultative de la Cour sans préciser le champ de son contrôle préventif : il n'évoque pas les accords portant sur la PESC, ni pour les exclure ni pour les inclure.

L'article 218 TFUE est donc traversé par des logiques différentes, et ses lectures peuvent ainsi mettre l'accent sur l'autonomie de cette disposition, dans l'esprit communautaire de la jurisprudence jadis développée par la Cour, ou, au contraire, sur le parallélisme entre procédures internes et externes, spécialement celles de la PESC, dans le souci de préserver ce domaine de l'influence des méthodes communautaires. Le choix de l'une ou de l'autre de ces approches apportera des réponses radicalement différentes aux interrogations qui découlent des termes, ou des silences, de l'article 218 TFUE, comme en témoigne l'arrêt rendu par la Cour le 24 juin 2014 (91).

Se prononçant pour la première fois sur l'article 218 TFUE dans le cadre d'un recours du Parlement contre la décision du Conseil relative à la signature et à la conclusion de l'accord avec Maurice concernant le transfert de personnes soupçonnées d'actes de piraterie, la Cour apporte des éclairages intéressants sur plusieurs de ses aspects, s'attachant tour à tour à la « symétrie entre la procédure d'adoption de mesures de l'Union sur le plan intérieur et la procédure d'adoption des accords internationaux » (92) et à l'existence d'« une disposition autonome applicable à tous les types de procédure prévus à l'article 218 TFUE » (93).

S'agissant en premier lieu du paragraphe 6 de l'article 218 TFUE prévoyant l'exclusion du Parlement de la conclusion des « accords portant exclusivement sur la PESC », la Cour en donne une interprétation qui lui est peu favorable. Le Parlement, sans contester la base matérielle retenue pour la conclusion de l'accord – l'article 37 TUE –, estimait que l'accord ne portait pas exclusivement sur la PESC en raison de ses finalités accessoires : au regard de son contenu touchant notamment à la coopération judiciaire et à la coopération policière, où s'applique la procédure législative ordinaire, il revendiquait un droit d'approbation. La Cour, jugeant qu'une « interprétation univoque » ne pouvait être dégagée des termes de l'article 218, paragraphe 6, TFUE, s'attache à son contexte (94) et à ses objectifs : depuis le Traité de Lisbonne, l'article 218 TFUE, « pour satisfaire à des exigences de

(91) C.J., 24 juin 2014, *Parlement c. Conseil*, aff. C-658/11, non encore publ.
(92) Pt 56 de l'arrêt.
(93) Pt 82 de l'arrêt.
(94) Elle écarte l'argument tiré des différences de rédaction entre les paragraphes 3 et 6, l'estimant inapproprié, car il s'agit d'étapes différentes de la procédure.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

clarté, de cohérence et de rationalisation, prévoit désormais une procédure unifiée et de portée générale » (95) ; or cette dernière exige de prendre en compte les spécificités procédurales de chaque domaine : le parallélisme interne/externe trouve d'ailleurs sa justification dans la distinction opérée entre trois procédures qui « vise à refléter, sur le plan extérieur, la répartition des pouvoirs entre institutions applicable sur le plan intérieur » et il se déduit, par ailleurs, du pouvoir d'approbation élargi du Parlement en vertu du paragraphe 6, alinéa 2, sous a), v), de l'article 218 TFUE. La Cour devant veiller au respect effectif de la symétrie entre procédure de conclusion des accords et adoption des règles internes, s'en remet pour la détermination de la procédure à suivre à la base matérielle de l'acte, comme le souhaitait le Conseil.

La détermination de la procédure en fonction de la base matérielle de l'accord a le mérite de la cohérence – base matérielle/base procédurale – et de la simplicité en ce sens qu'elle évite « un double examen impliquant la définition de nouveaux critères afin de déterminer si un accord porte exclusivement ou non sur la PESC » (96). Toutefois, elle nous paraît peu conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 218 TFUE : l'application, pour déterminer la base matérielle, de la théorie du principal (et non de l'exclusif) et de l'accessoire démontre qu'un accord, en dépit d'une base juridique unique, ne porte pas nécessairement exclusivement sur un domaine, comme le soutenait le Parlement. De plus, « la définition particulièrement large et générale » du domaine de la PESC donné à l'article 24, paragraphe 1er, TUE (97) et la tendance de la jurisprudence récente à protéger les compétences de l'Union au titre de cette politique (98) peuvent légitimement faire craindre que l'hypothèse envisagée comme dérogatoire au paragraphe 6 ne le soit pas en pratique et qu'il soit fait peu de cas des exigences de fonctionnement démocratique de l'Union.

La lecture de l'article 218 TFUE au prisme du parallélisme interne/externe plutôt qu'en termes d'autonomie est toutefois tempérée par l'approche très différente que fait la Cour de l'information due au Parlement européen.

Le paragraphe 10 de l'article 218 TFUE prévoit que le Parlement est « immédiatement et pleinement informé à toutes les étapes de la procédures », et cette disposition, n'étant assortie d'aucune restriction particulière concernant les accords visés, s'applique aux accords PESC ; ceci n'a pas été contesté devant la Cour, le débat ayant porté sur les modalités de l'information. Le Parlement, contrairement au Conseil, estimait ne pas avoir été correctement informé, ayant été avisé par celui-ci plusieurs mois après

(95) Pt 52.
(96) Pt 19 des concl.
(97) Pt 85 des concl.
(98) C. Billet, *Dimension externe de l'ELSJ et action extérieure de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 271-275. Dans le même sens, I. Bosse-Platière, « Les instruments juridiques des relations extérieures de l'Union européenne après le traité de Lisbonne », in A.-S. Lamblin-Gourdin et E. Mondielli (dir.), *Le droit des relations extérieures de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 53.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

la signature de l'accord et même après sa publication au *Journal officiel*. La Cour, en des termes très forts, a estimé que l'information du Parlement constituait une formalité substantielle et que cette règle est l'expression des principes démocratiques sur lesquels l'Union se fonde. Elle estime que « le traité de Lisbonne a même valorisé, sur le plan systématique, l'importance de ladite règle en l'insérant dans une disposition autonome, applicable à tous les types de procédure prévus à l'article 218 TFUE » (99). En conséquence, elle annule la décision du Conseil, estimant que la privation de l'exigence d'information constitue une violation substantielle de l'article 218, paragraphe 9. Sur ce point, la Cour n'a pas apprécié l'exigence d'information en fonction du domaine de l'accord alors que l'avocat général, s'il plaidait en faveur d'une « démarche effective d'information », considérait que « les modalités et la précision de l'information ne pouvaient être les mêmes selon que l'accord porte ou non exclusivement sur la PESC » (100). L'interprétation donnée par la Cour du paragraphe 9 de l'article 218 TFUE privilégie l'autonomie sur la symétrie des procédures internes/externes et même entre les dispositions de l'article 218 TFUE. Ainsi, le fait d'écarter l'organe démocratique de la procédure de conclusion des accords portant exclusivement sur la PESC n'implique pas de limiter son information, c'est même le contraire, car celle-ci lui permet d'exercer un contrôle démocratique sur les accords et de faire respecter ses attributions.

Une autre déclinaison possible de l'article 218 TFUE en tant que « norme autonome » concerne la compétence de la Cour de justice de l'Union. Le paragraphe 11 confirme la possibilité pour un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission de recueillir son avis sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités, sans précision particulière sur le domaine de l'accord. Toutefois, les dispositions sur la PESC et l'article 275, alinéa 1er, excluant la compétence de la Cour, sauf pour contrôler le respect de l'article 40 TUE et la légalité des décisions prises sur la base de l'article 275, alinéa 2, TFUE, des doutes ont été émis sur sa compétence pour connaître des accords portant sur la PESC. La question étant largement débattue (101), les quelques éléments apportés par l'arrêt du 24 juin 2014, bien que dans le cadre d'un recours *a posteriori*, sont particulièrement intéressants.

La lecture de l'article 218, paragraphe 11, à la lumière des spécificités de la PESC et de l'exclusion martelée de la compétence de la Cour invite à récuser sa possible saisine. Toutefois, dans le cadre de son examen de compatibilité d'un accord envisagé avec les traités, la Cour peut se prononcer aussi bien sur « les règles qui déterminent l'étendue des compétences des institutions » (102) que des règles de fond. Aussi, même dans l'hypothèse

(99) Pt 82 de l'arrêt.
(100) Pt 142 de l'arrêt.
(101) Pour une mise en perspective historique de la question et les incertitudes du Traité de Lisbonne, voy. S. Adam, *La procédure d'avis devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 445-517.
(102) Avis 2/00 relatif au Protocole de Cartagena, préc., pts 5 et 9.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

d'un accord fondé uniquement sur une base PESC, sa compétence semble devoir être admise au regard de l'article 40 TUE, afin de vérifier si le projet d'accord, en raison du choix de sa base juridique, est de nature à affecter les procédures et attributions des institutions au titre du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Mais le raisonnement développé par la Cour en réponse à l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Conseil concernant la violation de l'article 218, paragraphe 10, TFUE, permet d'envisager sa compétence de façon beaucoup plus large. Elle souligne, en effet, que les dispositions excluant sa compétence au titre de la PESC ont un caractère dérogatoire par rapport à la compétence générale de la Cour reconnue par le Traité sur l'Union européenne à l'article 19 et doivent donc faire l'objet d'une interprétation restrictive. Dès lors, un accord PESC, dans la mesure où il a comme base procédurale l'article 218 TFUE dont la portée générale a été soulignée, se voit appliquer cette disposition. En des termes très généraux qui couvrent tous les aspects de l'article 218 TFUE, la Cour en conclut qu'« il ne saurait être soutenu que la portée de la limitation dérogatoire à la compétence de la Cour prévue aux articles 24, paragraphe 1er, second alinéa, dernière phrase, TUE et 275 TFUE s'étend jusqu'à exclure que la Cour soit compétente *pour interpréter et appliquer une disposition telle que l'article 218 TFUE*, qui ne relève pas de la PESC, alors même qu'elle prévoit la procédure sur la base de laquelle un acte relevant de la PESC a été adopté » (103).

La compétence de la Cour semblant ainsi possible au titre de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, se pose toutefois la question de l'étendue du contrôle de compatibilité qu'elle pourra exercer au-delà du contrôle du respect de l'article 40 TUE. Un examen au fond de la compatibilité d'un accord PESC avec le traité s'avérera problématique, même si l'interprétation de la Cour s'appuyant sur le caractère de norme autonome de l'article 218 TFUE dans le système du traité ne saurait l'exclure. Comme elle le souligne, en effet, l'article 19 TUE confère à la Cour la mission d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Or l'article 218 TFUE constitue le volet procédural du système de l'action extérieure qui repose sur des principes énoncés à l'article 21 TUE, dont celui de l'État de droit. Or la Cour a elle-même défini la procédure d'avis aujourd'hui prévue au paragraphe 11 comme « une procédure particulière de collaboration entre la Cour de justice, d'une part, les autres institutions communautaires et les États membres, d'autre part, par laquelle la Cour est appelée à assurer, conformément à l'article 164 du traité, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité dans une phase antérieure à la conclusion d'un accord » (104). L'admission d'un examen au fond de l'accord pourrait ainsi être le moyen d'éviter la conclusion « en l'état » d'un accord mettant en cause, par exemple, un droit fondamental et qui ne pourrait pas, une fois conclu, faire l'objet d'un contrôle *a posteriori* de la Cour. Reprenant

(103) Pt 73 de l'arrêt. Souligné par nos soins.
(104) C.J., 28 mars 1996, avis 2/94 relatif à l'adhésion de la CE à la CEDH, *Rec.*, p. I-1759, pt 6.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

le raisonnement de la Cour à propos de l'exigence d'information du Parlement, l'intervention de la Cour pourrait avoir des vertus palliatives et prévenir par ailleurs, conformément à sa vocation, « des difficultés sérieuses sur le plan des relations internationales » (105) ; certes, il ne s'agirait pas dans ce cas d'un risque d'annulation par la Cour de Luxembourg de la décision de conclusion de l'accord, faute de contestation judiciaire envisageable dans ce cadre, mais d'une possible condamnation de l'Union par la Cour européenne des droits de l'homme, une fois son adhésion réalisée.

En dépit des indices fournis par la Cour dans l'arrêt *Parlement c. Conseil*, seule une saisine pour avis sur un projet d'accord PESC pourra éclairer cette question. Le Parlement qui se montre très actif devant la Cour à propos des accords PESC (106), pourrait en prendre l'initiative.

Vingt ans après l'arrêt du 9 août 1994, la formule de la Cour à propos de l'article 228 du Traité CEE conserve donc toute son actualité ! Elle apparaît même riche de potentialités, car l'article 218 TFUE, abordé en tant que « norme autonome et générale de portée constitutionnelle », pourrait contribuer au développement de l'acquis communautaire au sein d'une action extérieure écartelée entre logique d'intégration et logique intergouvernementale, et la faire bénéficier ainsi d'une « cohérence institutionnelle horizontale [...] déterminante pour la consécration de l'Union en tant qu'acteur global » (107).

(105) Avis 1/75 préc.

(106) Voy. le nouveau recours introduit le 28 mai 2014 en vue de l'annulation de l'accord avec la Tanzanie sur le transfert de pirates, aff. C-263/14.

(107) E. Neframi, « Exigence de cohérence et action extérieure de l'Union européenne », in V. Michel (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Strasbourg, PU de Strasbourg, 2009, p. 72.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'article 218 TFUE, une « norme autonome et générale de portée constitutionnelle » ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

REMARQUES SUR QUELQUES LIMITES DE L'AUTONOMIE DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Jean-Claude GAUTRON

Professeur émérite de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

C'est une évidence que la structure du présent ouvrage, intitulé « L'identité du droit de l'Union européenne », constitue en elle-même un hommage à l'œuvre du professeur Claude Blumann, dont les travaux ont porté tant sur l'autonomie du droit communautaire que sur l'unité et le caractère évolutif du droit de l'Union européenne (1). Claude Blumann appartient à une génération de juristes qui ont investi en profondeur les champs du droit international, du droit administratif et du droit constitutionnel afin de mieux poser et de développer la spécificité – donc l'identité – de ce droit. L'auteur de ces lignes se souvient des critiques adressées au nouveau droit, même en soutenance de thèse, par certains tenants des disciplines traditionnelles : « droit sans sanctions » (*sic*), « droit idéologique », « droit introuvable »... Le conservatisme des universitaires avait trouvé en France une nouvelle terre d'élection. On ne confondra pas ces critiques existentielles avec les critiques techniques que peuvent susciter tels ou tels aspects du droit primaire, et souvent du droit dérivé ou de la jurisprudence européenne, lesquelles confortent cependant l'identité du droit. Le climat a changé à compter de la jurisprudence *Nicolo* (2) en 1989 et avec l'inclusion d'un titre nouveau sur les Communautés et l'Union européenne par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 en lien avec le Traité de Maastricht et la décision 92-308 DC du 9 avril 1992 *Maastricht 1*. Dans les faits, les controverses n'ont pas disparu pour autant.

Claude Blumann, avec Louis Dubouis (3), s'est attaché à démontrer le caractère horizontal du droit de l'Union qui emprunte et restitue à toutes les disciplines juridiques, ce qui implique que les spécialistes du droit de l'Union s'ouvrent aux disciplines de base et que les spécialistes de celles-ci ne négligent le droit européen.

(1) On notera la préférence qu'il a exprimée au bénéfice du terme « droit communautaire » et ses réticences à l'égard du terme « droit de l'Union » dont il reconnaît cependant le bien-fondé politique. « Querelles internes », in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 93.

(2) Un éminent administrativiste a modifié alors sa classification des sources du droit administratif et remplacé, en ce qui concerne le droit européen, les « sources politiques » par les sources « externes ».

(3) On citera leur *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Si l'autonomie du droit de l'Union a été affirmée avec force par l'ensemble de la doctrine européaniste, cette affirmation a été corrélée du point de vue politique (4) et du point de vue scientifique avec les combats susmentionnés qui ont émaillé la naissance et le développement de ce droit. Notre propos ne vise évidemment pas à remettre en cause une autonomie qui, désormais, est pratiquement admise par tous (5), mais à souligner – ou tenter de souligner – certaines limites et, donc, soulever quelques questions qui peuvent susciter des interrogations, voire des réserves. En premier lieu, le concept d'autonomie recouvre deux significations générales distinctes, mais parfois confondues, il comporte une dualité sémiologique qu'il convient d'expliciter (I). En second lieu, la consécration de l'autonomie laisse subsister des récurrences ou des rémanences qui, comme dans toutes les sciences sociales, font que l'autonomie ne signifie pas indépendance de l'objet étudié (6). Les caractères matériels et institutionnels du droit de l'Union inclinent bien sûr dans le sens des interactions des droits (II).

I. – La dualité sémiologique du concept d'autonomie

L'autonomie du droit de l'Union a été posée par la Cour de justice des Communautés européennes dans des arrêts fondateurs et aussi dans des avis remarqués.

Afin d'établir l'effet direct de certaines dispositions du droit originaire au bénéfice des particuliers, la Cour déclare « un nouvel ordre juridique de droit international [...] dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants » (7). L'année suivante, elle écarte la référence textuelle au droit international – nous y reviendrons – au profit d'une formulation différente « ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membre » dont il découle que, « issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne » (8). Cette fois, l'objectif des juges est plus large, qui vise à assurer la primauté du droit communautaire sur toute loi nationale qui lui serait contraire. Ou encore : « le traité [...] établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle » (9).

(4) Il s'agit de la politique scientifique, voire de la politique universitaire.

(5) On citera quelques exceptions notables au bénéfice du droit international, A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *RCADE*, vol. V, liv. 2, et J. Verhoeven, « Sur la classification des oiseaux », conclusions générales du colloque SFDI, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000.

(6) Dans les sciences sociales et politiques, le terme « autonomie » a un caractère polysémique : il s'applique tantôt à l'État, tantôt aux acteurs politiques et sociaux. En droit constitutionnel, il recouvre des situations extrêmement différentes, qui vont de la décentralisation au gouvernement autonome ou au fédéralisme.

(7) C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. C-26/62, *Rec.* préc.

(8) C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. C-6/64, *Rec.*, p. 1141.

(9) C.J.C.E., 13 novembre 1964, *Commission c. Belgique et Luxembourg*, aff. C-90 et 91/63, *Rec.*, p. 1217.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

À ce stade, l'autonomie pouvait être perçue de deux manières différentes. Elle pouvait indiquer que le droit de l'Union constitue un ordre juridique spécifique porteur d'un ensemble normatif indépendant, l'autonomie s'élargissant jusqu'au plan des sanctions contentieuses (A). Dans une perspective constructiviste, elle peut aussi signifier que le droit communautaire – et, donc, le droit de l'Union – constitue un système juridique original, distinct à la fois du droit international et du droit interne, une discipline juridique intermédiaire et d'ailleurs sans précédent (B).

A. – L'autonomie en tant qu'ordre juridique spécifique

Plusieurs contributions dans cet ouvrage portent sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Limitons-nous à quelques remarques classiques et minimales afin d'éviter des redites fastidieuses.

Une remarque préliminaire s'impose, puisque les bases instrumentales de l'autonomie étaient déjà contenues dans les traités fondateurs avant que la Cour de justice n'ait décidé de l'affirmer dans la série d'*orbiter dicta* précitée. Son respect est d'emblée assuré par les régulations juridictionnelles inhérentes aux traités. Le recours en manquement d'État vise à sanctionner les comportements étatiques de droit ou de fait contraires au droit de l'Union. Si le recours est à la disposition de la Commission en sa qualité de gardienne du traité, les particuliers disposent de divers moyens de droit devant leurs juridictions nationales et, de surcroît, peuvent attirer l'attention de la Commission par le mécanisme des plaintes. Le recours en annulation, progressivement, mais prudemment élargi aux requérants individuels, est une composante majeure de l'autonomie. Bien sûr, le renvoi préjudiciel, vu son caractère multifonctionnel (interprétation unitaire du droit de l'Union, équivalent fonctionnel des recours en manquement et des recours en annulation par les particuliers), est la clé centrale de l'autonomie contentieuse du droit de l'Union. Où donc se situent les ressorts de l'autonomie de ce droit ?

Le ressort principal est l'« autonomie de validité » (Robert Kovar) en ce sens que son autorité ne dépend pas de conditions extérieures. Non seulement les règles du droit de l'Union ne peuvent être mises en échec par des règles de droit national, mais elles bénéficient dans l'ordre interne des États de l'immédiateté – ce qui exclut tout procédé de réception ou de réintégration – et de la primauté (10). La formulation initiale de la Cour, l'intégration au système juridique des États, n'est pas neutre : elle va au-delà de l'intégration dans le seul ordre juridique des États, elle englobe la mission communautaire des juridictions nationales et les fonctions du même ordre des pouvoirs législatif et exécutif dans chaque État.

(10) Dans l'arrêt *Costa c. ENEL*, la Cour indique « un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur des traités » et dans l'arrêt *Simmenthal*, 9 mars 1978, que le droit communautaire « fait partie intégrante avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

L'autonomie se décline quant aux sources institutionnelles du droit et quant aux notions matérielles qu'elles impliquent.

Si l'on suit l'analyse de François Rigaux (11), les sources les plus élevées (les traités de base) sont complétées par des sources spécifiques et hiérarchisées que l'ordre juridique est apte à produire par lui-même. La hiérarchie des sources et, donc, des normes qu'elles emportent est une exigence substantielle de tout ordre juridique. Sur un plan général, la structure hiérarchique implique que toute norme trouve son fondement dans une autre norme de rang supérieur et qu'elle ne peut contredire cette dernière. Dans l'ordre interne des États – de tous les États – la perfection des contrôles de légalité et de constitutionnalité est fondée sur la répartition des pouvoirs politiques inhérente à la structure constitutionnelle de l'État. En droit de l'Union, la hiérarchie normative a été construite à partir des dispositions des traités de base, de la jurisprudence et des développements doctrinaux qu'elle a suscités. En ce sens, le « processus de constitutionnalisation » (D. Simon) évoqué plus loin est un facteur positif de la hiérarchisation des normes. Les limites de la hiérarchie reproduisant toutefois les imperfections – ou les inachèvements – du processus lui-même, soit une insuffisante différenciation de la fonction législative et de la fonction exécutive, accessoirement une absence de distinction entre le domaine législatif et le domaine réglementaire, une dualité règlement/directive qui ne peut que subsister vu ses implications sur la répartition des compétences entre l'Union et ses États, ou encore la pluralité des procédures associant le Parlement européen à la prise d'actes dérivés. C'est bien la hiérarchie spécifique des actes dérivés qui représente la difficulté majeure. Après la grande querelle sur l'insertion du concept de loi dans les sources du droit communautaire (12), le Traité de Lisbonne maintient du projet de Constitution la distinction des actes « législatifs » et des actes « non législatifs » qui, sans équivaloir à une totale différenciation, induit une orientation hiérarchique (13).

Par ailleurs, le juge de l'Union a introduit divers paramètres créant des hiérarchisations ponctuelles à l'intérieur du droit originaire en faisant prévaloir des objectifs généraux sur la lettre du texte ou en faisant le choix d'une base juridique, notamment celle assurant la plus grande participation du Parlement européen au processus décisionnel (14). La hiérarchisation des sources du droit de l'Union renforce son autonomie. Pour l'essentiel, c'est le juge communautaire qui a fait émerger l'échelle hiérarchique du droit de l'Union.

(11) « Nature juridique des Communautés », in G. Van der Meersch (dir.), *Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Lacier, 1969.

(12) Cl. Blumann, *La fonction législative communautaire*, Paris, LGDJ, 1955 ; « Actes législatifs et mesures d'exécution dans le projet de Constitution pour l'Europe », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pedone, 2004, pp. 249 et s.

(13) Classiquement, la hiérarchie repose sur des critères matériels, la distinction des normes générales et des normes individuelles et, d'autre part, celle entre actes de base et actes d'exécution.

(14) Voy. J.-Cl. Gautron, « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in J. Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, spéc. p. 47.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

L'autonomie notionnelle revient à donner un sens propre à l'Union à des notions reconnues dans les droits internes des États, de telle sorte que la notion invoquée ne recouvre pas des significations variables selon les États ou ne corresponde pas aux exigences propres de l'Union. Citons l'avocat général Roemer : « Puisqu'il faut que la portée du droit communautaire soit la même partout, on peut, lorsque les textes communautaires utilisent certains termes, considérer en cas de doute qu'ils doivent se voir reconnaître une signification uniforme » (15). C'est dire que l'autonomie notionnelle découle directement des méthodes d'interprétation des juges de l'Union et constitue un cas majeur d'application du droit de l'Union par ses propres juridictions. L'autonomie contentieuse, indiquée plus haut, est la matrice de l'autonomie substantielle et son bras séculier repose prioritairement sur le renvoi préjudiciel. Or l'autonomie notionnelle concerne autant le droit institutionnel que le droit matériel. Ainsi, en droit institutionnel, la Cour de justice a-t-elle été rapidement conduite à donner une définition de la juridiction susceptible de lui poser une question. Il n'était pas évident que les traités constitutifs permettent à la Cour de se prononcer sur la qualité juridictionnelle des instances nationales aptes à la saisir et, le cas échéant, de s'écarter, voire de prendre le contre-pied des désignations étatiques. Ainsi, l'autonomie du droit de l'Union est en mesure de réduire ou encadrer l'autonomie constitutionnelle des États : autonomie *versus* autonomie. La question des juridictions constitutionnelles est présente dans le débat (16). Il eût été intéressant de connaître l'accueil qu'aurait donné la Cour à une question préjudicielle émanant du Conseil constitutionnel français avant l'instauration, en 2008, de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) (17). On reconnaîtra au Conseil constitutionnel français que, faute de saisir lui-même la Cour de justice, il ait rapidement incité les juridictions françaises à y procéder.

En droit matériel, le juge communautaire a veillé non seulement à fixer un sens proprement européen à des notions déjà inscrites dans les droits nationaux des États et qui, faute d'unification, pourraient laisser subsister des significations différentes, ou à ce qu'une notion sans équivalent dans les droits internes ne soit diversement interprétée dans chaque État sous l'influence des notions de droit interne les plus proches. Le droit économique a favorisé une autonomisation croissante d'abord autour de l'union douanière : la taxe d'effet équivalent et la mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative n'ont pas d'équivalent, si l'on ose dire, dans les droits

(15) Concl. Roemer, in C.J.C.E., 1er février 1972, *Hagen*, aff. C-49/71, *Rec.*, p. 35. Et la Cour elle-même : « il convient de souligner que les notions juridiques n'ont pas nécessairement le même contenu en droit communautaire et dans les différents droits nationaux », 6 octobre 1982, *Cilfit*, aff. C-2831, *Rec.*, p. 3415.

(16) Voy. Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5e éd., Paris, LexisNexis, p. 743.

(17) Il est d'ailleurs surprenant que certains constitutionnalistes aient choisi de contester la QPC au nom de la défense de l'intégrité du Conseil constitutionnel au regard des juridictions ordinaires.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

internes. Ensuite, autour de l'union économique : la notion générale d'entreprise et celle d'entreprise publique sont en rupture avec les multiples définitions déclinées dans les droits internes. Ainsi, l'entreprise publique est celle sur laquelle « les pouvoirs publics exercent une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ». Ou, encore, un service en régie peut constituer une entreprise publique s'il exerce une activité de production, commerciale ou de prestation de services (18). Le critère matériel l'emporte sur les critères organiques et formels : c'est une confirmation de la nature du droit de l'Union européenne. L'autonomie notionnelle a également commandé la définition du travailleur salarié, de « l'activité participant à l'exercice de l'autorité publique », du marché public (jusqu'à bouleverser les notions les plus établies des droits nationaux). Quant à l'aide d'État, elle a été étendue à des situations juridiques ignorées des droits nationaux, recouvrant en quelque sorte des aides invisibles ou des quasi-aides d'État, telles que les allégements de charge, les prix bonifiés ou même les campagnes de promotion des produits.

B. – L'autonomie en tant que système juridique distinct

Dans une approche essentialiste, et sans doute, pour certains, quelque peu dogmatique, il est tentant de considérer le droit de l'Union comme constitutif d'un tiers ordre juridique, intermédiaire entre le droit international et les droits internes, spécialement les droits des États fédéraux. Les emprunts cumulatifs à l'un et aux autres traduisent, en effet, la singularité de ce droit et provoquent donc des interprétations contradictoires dont on peut penser qu'elles ne sont pas vierges de présupposés ou préférences d'ordre politique ou idéologique. L'Union ne constituant pas un État, son droit, bien qu'inspiré par les concepts et les techniques du fédéralisme étatique, ne saurait lui être assimilé (19).

Le détachement du droit international, en dépit du caractère conventionnel des traités fondateurs et de la limitation des compétences de l'Union, revêt plusieurs aspects qui ont été remarquablement développés par Denys Simon (20). Si le fondement premier de l'autonomie vis-à-vis du droit international repose sur le « processus de constitutionnalisation », les instruments opérationnels que retient l'auteur sont d'abord l'universalité de l'invocabilité du droit de l'Union devant les juridictions nationales, aujourd'hui reconnue, et la capacité dont dispose la Cour de justice – et non pas les auteurs

(18) C.J.C.E., 16 juin 1987, *Commission c. Italie*, aff. C-118/85, *Rec.*, p. 2599.

(19) Il est notoire que le projet de constitution non abouti, mais qui aurait pu être un aboutissement, ait écarté l'exercice des compétences de l'Union sur un « mode fédéral » au profit du mode « communautaire ». Il reste que le droit de l'Union s'approche d'un droit de type fédéral sur plusieurs points fondamentaux : le partage des compétences assorti de divers principes régulateurs, un développement institutionnel et politique sans précédent dans l'ordre international, une soumission directe des particuliers aux droits et obligations de l'Union assortie de sanctions juridictionnelles.

(20) D. Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, *op. cit.*, spéc. pp. 235 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des traités ou les juridictions nationales chargées de son application – de définir extensivement les normes originaires dotées de l'effet direct, voire, sous certaines conditions, les actes dérivés. Il n'était pas écrit par avance qu'au titre de l'interprétation, la Cour se prononcerait sur l'effet direct de la norme. En outre, la primauté du droit de l'Union sur les normes de droit national emporte des conséquences inabordables par le droit international en termes d'invalidité, d'inapplicabilité ou d'interdiction *a priori*, toutes conséquences qui passent par le canal des mécanismes constitutionnels internes s'ils sont en capacité de les assurer ou, dans le cas contraire, directement par les exigences posées par les juridictions de l'Union. Avant même le prononcé des juges communautaires, leur juridiction est marquée par des caractères qui l'éloignent grandement du droit international. Elle est obligatoire et non à la disposition des parties, elle n'implique pas l'épuisement des voies de recours internes, sauf une exception en matière de responsabilité. Elle est monopolistique (21). De surcroît, le renvoi préjudiciel a conduit à un encadrement de l'autonomie institutionnelle et procédurale des juridictions nationales, voire, dans certains cas, à son effacement pur et simple (22). S'il fallait se focaliser sur une différence d'essence, le principe de coopération loyale, vecteur d'un pouvoir judiciaire européen, est introuvable en droit international et combien plus structurant que le principe de la bonne foi dans l'exécution par les États de leurs obligations internationales.

Avec le recul du temps, on peut penser que l'autonomie du droit de l'Union, détachée du droit international, est érigée par la jurisprudence, et de manière non entièrement explicite par la doctrine (car elle paraît effrayée par sa propre audace), en un système inédit de droit, un tiers ordre juridique. L'autonomie conduit alors vers une nouvelle discipline juridique spécifique par ses techniques et son objet.

Les remarques qui suivent s'appliquent quelle que soit la réponse choisie : autonomie de l'ordre juridique de l'Union ou autonomie du système juridique de l'Union ; elles s'appliquent également dans le cas d'une réponse cumulative à la question posée initialement.

II. – La relativité de l'autonomie du droit de l'Union

Elle doit être évaluée au regard du droit international – ou des droits internationaux – (A) et des droits nationaux ou droits internes (23) (B). Fondamentalement, le champ fonctionnel du droit de l'Union, donc le fait qu'il constitue un ordre juridique partiel au regard des ordres juridiques

(21) Avis 1/76 et 1/91 sur l'Espace économique européen, *Rec.*, 1976, p. 741 et *Rec.*, 1991, p. I-6079.

(22) O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001.

(23) La Cour de justice n'a pas retenu la suggestion de l'avocat général Lagrange de qualifier le droit communautaire d'ordre juridique de droit interne (26 novembre 1956, *Fédéchar*, aff. C-8/55, *Rec.*, p. I-1956, 263).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

existants, est à la source de cette relativité qu'il convient d'apprécier dans le temps (24).

A. – Relativité au regard du droit international

1. La nature conventionnelle de l'Union est à la racine de son ordre juridique. Elle demeure indépassable, bien que quelques dispositifs aient été introduits pour réduire à la marge le recours à la procédure générale de révision du traité. Il s'agit de procédures spéciales permettant au Conseil européen de décider à l'unanimité d'appliquer la majorité qualifiée ou de substituer la procédure législative ordinaire à une procédure spéciale d'adoption des lois par le Conseil, qui laissent aux parlements nationaux la possibilité de déclarer leur opposition. En contrepartie, le Parlement européen doit approuver la décision du Conseil européen (25). Par ailleurs, on rappellera que les dispositions (partie 3 du TFUE) sur les politiques et actions de la Communauté peuvent être modifiées à l'unanimité par le Conseil européen sans que les compétences de l'Union puissent être accrues, mais ces modifications restent soumises à la ratification par chaque État. Le point d'orgue de la structure conventionnelle du droit de l'Union fut atteint avec l'élaboration du projet de Constitution, plus précisément du « projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe » : la technique conventionnelle était donc applicable tant en ce qui concerne l'entrée en vigueur de la Constitution que ses modes de révision et les adjonctions qu'elle comportait – réunion d'une Convention préalable à toute conférence intergouvernementale et notification aux Parlements nationaux des projets de révision – en dépit de quelques novations procédurales de type constitutionnel, ne contredisaient en rien la nature juridique du traité.

2. La rémanence de l'État en tant qu'entité de droit international disposant de compétences souveraines ne s'attache pas seulement à la nature conventionnelle des traités fondateurs et à leurs modes de révision, mais également – et le phénomène tend à se développer sporadiquement – aux diverses formes d'intergouvernementalisme qui réduisent d'autant le champ de l'autonomie du droit de l'Union. Les marqueurs de l'intergouvernementalisme sont explicites ou implicites et se traduisent par une intrusion du droit international dans des secteurs qui devraient/pourraient être couverts par les règles institutionnelles et les normes du droit de l'Union européenne. Tel fut le cas des accords de Schengen dont le rapatriement s'effectuera progressivement, d'abord par le jeu du Traité d'Amsterdam, puis sous l'effet de la suppression du troisième pilier par le Traité de Lisbonne. Une large partie du droit international complémentaire a connu le même sort du fait de cette suppression. Il serait tentant d'y voir le triomphe différé de la méthode

(24) Le fait que l'Union ne dispose ni d'une compétence universelle et générale ni de la compétence pour déterminer ses propres compétences a plaidé, *ab initio*, en faveur de la théorie selon laquelle l'Union, comme la Communauté, serait une organisation internationale ou plutôt une entité internationale soumise à des finalités et disposant de compétences spéciales. Le principe structurel d'attribution des compétences ancrerait l'Union dans le droit international.

(25) Art. 48, § 7, TUE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

communautaire si le phénomène ne se reproduisait dans plusieurs domaines sensibles. La politique étrangère et de sécurité commune, présente dans le Traité sur l'Union européenne, mais presque entièrement absente du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (26), reflète la persistance d'un intergouvernementalisme qui n'exclut pas certaines avancées, limitées, du droit de l'Union. C'est surtout aujourd'hui dans le domaine économique et monétaire que s'affiche le plus visiblement le droit international public (27). L'article 136, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, produit de la révision simplifiée du Traité de Lisbonne intervenue en 2011, a autorisé les États de la zone euro à instituer un mécanisme permanent de stabilité sans procéder à un élargissement des compétences de l'Union qui aurait impliqué une révision solennelle du traité. Ce fut le rôle du traité instituant le mécanisme européen de stabilité conclu en février 2012 par les dix-sept États membres de la zone à cette date, dont le bien-fondé a été reconnu par la Cour de justice dans un arrêt *Pringle* du 27 novembre 2012.

En mars 2012 fut conclu le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire dont l'objet essentiel est de renforcer la discipline budgétaire selon deux approches différentes. Alors que les États membres de la zone euro sont soumis à l'ensemble de ses prescriptions, les autres ont le choix des prescriptions qui les obligent. La technique de l'accord intergouvernemental correspond à cette dualité de statut et aussi à la volonté de certains États de ne pas être liés par le nouveau pacte budgétaire : dans les faits, le TSCG a été conclu par vingt-cinq États membres de l'Union. Encore le traité appelle-t-il des normes juridiques nationales, constitutionnelles ou non, pour assurer sa pleine effectivité. Par contre, il prévoit son intégration à terme (au 1er janvier 2018) dans le cadre juridique de l'Union (28). L'autonomie du droit de l'Union, différée en quelque sorte, pourrait donc être restaurée à l'issue de ce délai. Le modèle Schengen est donc toujours sous-jacent mais sa réalisation en matière budgétaire demeure, à la date actuelle, hypothétique.

Les relations extérieures de l'Union appellent quelques remarques. S'il est évident que l'Union est soumise au droit international conventionnel et coutumier (29), quelques aspects de ses relations extérieures peuvent être interprétés comme des limitations de l'autonomie du droit de l'Union. Ainsi, l'appropriation de normes conventionnelles internationales ou de normes émanant d'organisations internationales par l'Union, par exemple sous la forme de règlements, peut être considérée comme ambivalente : si l'acte

(26) L'art. 222 – clause de solidarité – constitue l'exception majeure.

(27) F. Martucci, « Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, traité instituant le mécanisme européen de stabilité. Le droit international public au secours de l'UEM », *R.A.E.*, 2012/4, pp. 717 et s.

(28) Art. 16 TSCG.

(29) J.-Cl. Gautron et L. Grard, « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, *op. cit.*, not. p. 106 et pp. 114 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de « réception » est conforme à l'autonomie du droit de l'Union et oblige donc ses États membres, la norme ainsi reçue demeure définie par le droit international sauf à recevoir une interprétation et à subir des modifications ultérieures conformément au droit de l'Union.

La question de la CEDH a connu, en attendant l'adhésion de l'Union à la Convention, une évolution complexe dès lors qu'il fut acquis assez tôt que la Communauté n'était pas liée par ses dispositions, à la différence du GATT (30). La Cour de justice avait jugé, à compter de l'adhésion (tardive) de la France à la Convention, que celle-ci pouvait contribuer à la définition des droits fondamentaux individuels, à l'égal et même plus aisément que les traditions constitutionnelles communes aux États membres dont il est difficile d'établir la comparabilité ou l'identité. C'est une forme particulière d'appropriation normative dans un domaine quasi constitutionnel, mais régi par le droit international. Toutefois, la Cour a entendu préserver l'autonomie de l'ordre juridique de la Communauté, puis de l'Union, en procédant à une sélection des droits conventionnels, de telle sorte qu'ils soient pleinement compatibles avec l'ordre juridique de l'Union (31). Cette jurisprudence constante a été codifiée par le Traité d'Amsterdam (32), puis élargie par la Charte des droits fondamentaux de l'Union dont les auteurs ont pris soin de reconnaître le sens et la portée des droits énoncés par la Convention dans les cas où la Charte porte sur des droits « correspondants ». La Charte est entrée dans le droit positif dès lors que le Traité de Lisbonne (art. 6 TUE) lui reconnaît « la même valeur juridique que les traités ». Les travaux actuels portent sur les modalités techniques et politiques de l'adhésion de l'Union à la CEDH. Ce n'est qu'à l'issue du processus d'adhésion que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'imposera directement à l'Union européenne. Il restera à la Cour de justice de l'Union à développer, comme l'ont fait les juridictions suprêmes nationales, l'autorité des arrêts de la Cour de Strasbourg dans le droit de l'Union.

C'est également en termes d'appropriation normative que se pose le problème plus général de l'Union en tant que tiers au regard des conventions conclues par ses États membres, soit *inter se*, soit avec d'autres États non membres de l'Union. La confrontation entre le droit international et le droit de l'Union atteint ici une intensité thématique remarquable (33). La situation de l'Union relève du droit des traités et introduit une contribution, originale, à la théorie du tiers en droit conventionnel international qui peut

(30) C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, aff. C-21-24/72, *Rec.*, p. 1219 : « dans la mesure où la Communauté a exercé des compétences [...] dans le domaine d'application de l'accord général, les dispositions de cet accord ont pour effet de lier la Communauté ».

(31) Le cas de la CEDH illustre donc les limites de l'autonomie du droit de l'Union.

(32) À la date actuelle, à l'art. 6, § 3, du TUE.

(33) Une thèse récente et originale lui est consacrée, celle de O. Macovei, *L'Union européenne, tiers aux conventions des États membres*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2013, sous la dir. de Loïc Grard.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

être, selon les cas, un tiers concerné ou un tiers intéressé (34). Le droit de l'Union est ainsi immergé dans le droit international et peut contribuer, par contagion, à ses évolutions.

B. – Relativité au regard du droit interne

Quelques exemples suffisent pour marquer les degrés de cette relativité.

1. Le choix des méthodes d'interprétation fait par le juge de l'Union, et par les juridictions nationales à sa suite, n'exclut ni les méthodes classiquement mises en œuvre en droit interne ni celles appliquées dans l'ordre international, notamment dans le droit des organisations internationales. Il est vrai que, par nature, l'interprétation transcende les disciplines juridiques et fait appel autant à la méthode exégétique, basée sur le texte et la succession des dispositions, qu'à la méthode finaliste ou à celle de l'effet utile. Les méthodes d'interprétation obéissent à une axiologie récurrente, en quelque sorte un fonctionnalisme judiciaire qui consiste à dire le droit non seulement à partir des textes ou des finalités des traités ou des actes dérivés, mais également en fonction de l'état du développement historique et technique du droit de l'Union (35). L'interprétation en droit de l'Union emprunte, par exemple, aux méthodes du droit constitutionnel sous leurs deux aspects : à la fois fournir une analyse explicative de la signification d'un texte et appliquer ce texte à un cas particulier, deux opérations que la doctrine constitutionnaliste s'efforce de distinguer (36). Ainsi, la Cour de justice a-t-elle utilisé le caractère général des objectifs fixés par le traité instituant la Communauté européenne comme « directive d'interprétation » pour les appliquer à des règles particulières relatives à la libre circulation ou à la concurrence (37).

2. Les relations du droit de l'Union avec le droit comparé, pour être classiquement entendues, peuvent être relevées au titre des limites de l'autonomie du premier. Dans son acception classique, le droit comparé s'entend des différences et rapprochements entre les structures et les normes des droits nationaux impliqués dans l'opération de comparaison. Dans une conception moderne largement influencée par les droits européens, le droit comparé doit être élargi aux droits externes, notamment au droit international et aux droits européens, dès lors qu'il contribue, à travers ce pluralisme, à arrêter

(34) L'auteure de la thèse procède à une relativisation de l'opposition classique entre tiers et partie en faisant apparaître une zone grise faite de situations intermédiaires, d'autant que l'Union, jouant sur l'autonomie de son ordre juridique, peut choisir, en fonction de ses intérêts ou de ses objectifs, entre un rapprochement et une proximité normative ou une distanciation à l'égard des conventions conclues par ses États membres.

(35) C.J.C.E., 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. C-283/81, *Rec.*, p. 3415 : « chaque disposition [...] doit être replacée dans son contexte et interprétée à la lumière [...] de l'état de son évolution, à la date à laquelle l'application de la disposition en cause doit être faite ».

(36) Sur cette distinction, voy. L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, Dalloz, p. 86.

(37) Ce sont les objectifs généraux du Traité CE qui lui permettent de qualifier une concentration (opération non stipulée dans le traité) comme « abus de position dominante ». Il s'agit de l'affaire *Continental Can*, 21 février 1973, *Rec.*, p. 215.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

des solutions juridiques dans des cas concrets (38). Entendu dans son sens traditionnel, le droit comparé est au cœur de la formation du droit de l'Union, du droit originaire et, plus encore, du droit dérivé. Dans tous les domaines du droit de l'Union, l'élaboration d'une directive ou d'un règlement implique une étude comparée préalable des règles nationales en vigueur afin de déterminer la norme qui peut être le moins difficilement assimilée par les États membres. L'exercice peut dans de nombreux cas conduire à un allongement du temps d'élaboration des textes. Ainsi, la directive « architectes » a-t-elle exigé plus de quinze années de négociation. Les avocats ont été soumis dès 1977 à la libre prestation de services, mais la directive « établissement » n'a vu le jour qu'en 1998 sous une forme optionnelle. Il est vrai que, dans les deux hypothèses, il s'agissait d'ouvrir le marché intérieur à des professions réglementées placées dans des secteurs sensibles. Il n'en reste pas moins que le droit comparé irrigue, *ab initio*, toutes les branches du droit de l'Union, par exemple, le droit des transports ou le droit de l'environnement. Il réapparaît, *ex post*, à l'issue des mesures de transposition des directives dans les droits nationaux afin d'orienter les mesures d'adaptation/révision du droit positif. Depuis l'arrêt *Algera* (39) relatif au retrait d'un acte administratif, le droit comparé a joué un rôle considérable dans la formation d'un droit administratif européen par le juge (40). Il en est de même pour le principe de protection de la confiance légitime (41).

Le droit comparé est inscrit à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne sous une forme volontairement floue et destinée à élargir les bases internes des droits fondamentaux (42) : il s'agit des « traditions constitutionnelles communes aux États membres ». Posée par la Cour de justice, la notion est moins précise que celle qui était contenue dans les arrêts initiaux, « droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions des États membres ». Ce glissement sémantique ne doit rien au hasard. En effet, la référence aux traditions constitutionnelles communes présente au moins deux avantages. D'une part, elle permet d'évacuer les classifications opérées par les droits nationaux telles que la distinction entre les droits intangibles et ceux susceptibles de limitations, ou encore la distinction entre les droits directement invocables dans l'ordre national et ceux qui impliquent une mise

(38) C'est la position de J.-S. Bergé, in *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013, not. pp. 44 et s. Le même auteur considère que, dans un système juridique mondialisé, le droit comparé a perdu une partie de son caractère platonique (exercice de connaissance) et acquis une réelle positivité dès lors qu'il contribue directement à dégager des solutions juridiques.

(39) C.J.C.E.C.A., aff. C-7/56 et 3 à 7/57, *Rec.*, 1957, p. 81.

(40) Voy. J. Schwarze, « Introduction : les sources et principes du droit administratif européen », in J.-B. Auby et J. Dutheil de La Rochère, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 321 et s.

(41) J.-Cl. Gautron, « Le principe de protection de la confiance légitime », in *Liber amicorum en l'honneur du professeur Jean Raux*, Rennes, éd. Apogée, 2006, pp. 199 et s.

(42) « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des *traditions constitutionnelles communes* aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. »

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

en œuvre législative. En second lieu, elle permet à la Cour d'élargir la catégorie des droits fondamentaux à des principes généraux du droit administratif ou du droit judiciaire en vigueur dans les États membres sans qu'ils reçoivent nécessairement une reconnaissance constitutionnelle. L'Union donne ainsi de la constitution nationale une définition englobante. Elle autorise aussi la Cour à faire l'économie de la recherche d'un dénominateur rigoureusement commun à tous les États, opération rendue difficile et aléatoire par l'accroissement du nombre des États membres, pour retenir le droit national le plus avancé, qui peut être, dans certaines configurations, le droit allemand, compte tenu de la structure et de la jurisprudence d'application de la Loi fondamentale (p. ex., le principe de proportionnalité ou la protection de la confiance légitime). C'est la même raison qui conduit la Cour à prendre en compte à partir de 1974 les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (43), à savoir faire l'économie d'une recherche comparative.

3. Les droits de nature fédérale ont pesé dans l'architecture interne du droit de l'Union. Il s'agit sans doute plus d'une influence sur le droit de l'Union que d'une limite à l'autonomie du droit. Toutefois, la rationalité fédérale à partir de modèles existants est présente dans le droit de l'Union bien que l'Union n'ait pas évolué dans le sens de l'État fédéral, contrairement aux vues très idéalistes de certains des pères fondateurs. L'influence structurante des ordres juridiques fédéraux est présente dans la répartition des compétences entre l'Union et les États, le partage du contentieux de l'Union, la notion originelle de ressources propres, la portée des actes juridiques de l'Union (telle la directive), les bases de l'union monétaire, le caractère de superposition de la citoyenneté (44).

Si l'on accepte l'idée de limitations de l'autonomie du droit de l'Union, il convient, dès lors, de distinguer l'autonomie formelle et l'autonomie matérielle. Cette double acception est au cœur de la discipline enrichie par le professeur Claude Blumann.

(43) Voy. *supra*, A, 3.

(44) J.-Cl. Gautron, « La citoyenneté européenne, essai de démythification », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, Dalloz, 2013, p. 151.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Remarques sur quelques limites de l'autonomie du droit de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

BRÈVES RÉFLEXIONS À PROPOS DE LA LÉGITIMITÉ DE L'UNION EUROPÉENNE

François HERVOUËT

Professeur émérite de l'Université de Poitiers
Institut de Droit public (EA 2623)

La légitimité de l'Union européenne, qu'elle soit affirmée ou niée, fait souvent l'objet d'appréciations tenant souvent plus de l'idéologie, de la pétition de principe, de l'*a priori*, ou du présupposé que de l'analyse de la situation. Le terrain est en particulier par les eurosceptiques qui trouvent toujours motif à remettre en cause l'Union européenne. Après le thème du déficit démocratique auquel il a été répondu par un accroissement des pouvoirs du Parlement et l'élaboration de la Charte européenne des droits fondamentaux, voilà que se fait jour le débat sur la légitimité de l'Union.

Le rejet du Traité établissant une constitution pour l'Europe (TECE), signé à Rome le 29 octobre 2004, par les citoyens français le 29 mai 2005 puis néerlandais le 1er juin suivant a mis au grand jour une question qui était jusqu'alors sous-jacente : bien que résolue à créer « une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens » selon les termes du préambule de son traité fondateur, l'Union européenne dispose-t-elle de la légitimité nécessaire à son acceptation par ces peuples européens ? Le débat de ratification a porté en effet, plus que sur les modifications apportées par le texte lui-même, sur des questions fondamentales tournant autour des thèmes de l'indépendance nationale, de la place respective du libéralisme économique et de la protection sociale, ainsi que des bénéfices ou des défauts que l'on pouvait attendre si le « traité constitutionnel » était ratifié, alors même que ce dernier ne changeait pas les équilibres existant sur ces différents points. Quelle que soit la rationalité du choix au regard du texte présenté à leur approbation, les citoyens consultés ont entendu marquer une défiance à l'égard de l'Union et contester la légitimité de son action, voire de son existence.

Pour autant, les citoyens n'ont pas cherché à déterminer ce que serait la légitimité de l'Union. Cela tient d'abord à ce que l'appréhension de ce que devrait être celle-ci est plus intuitive que construite : si la légitimité a effectivement été contestée, nul, parmi les opposants au traité, n'a pris le soin de déterminer ce qu'elle pourrait être. Intervient alors la seconde raison qui réside en ce que l'exercice du referendum consiste à approuver ou rejeter le texte présenté, mais en aucune façon à présenter un texte de substitution. S'il y a rejet, ce qui fut le cas en l'espèce, on peut donc se

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

dispenser de réfléchir à ce qu'il faudrait faire à la place et à ce qui pourrait fonder la légitimité de cette autre action.

Il n'est cependant pas trop tard pour s'atteler à la tâche de chercher à déterminer ce que pourrait être la légitimité de l'Union ; mais encore faut-il s'entendre sur ce que l'on entend par légitimité. Bien sûr au sein des États constituant l'Union, la légitimité affirmée est essentiellement démocratique, mais il convient de remarquer que ce n'est pas parce qu'une qualité est constitutive d'une composante qu'elle est nécessairement constitutive du composé, d'autant qu'au cours de l'histoire, d'autres légitimités se sont affirmées à l'intérieur de ces mêmes États. On peut estimer qu'est légitime le pouvoir qui respecte les principes fondamentaux sur lesquels s'est construite la société dans laquelle il s'exerce. Ces principes peuvent être eux-mêmes contingents et changer selon le type ou le moment de l'organisation sociale, c'est leur respect qui est essentiel. Autrement dit, quelle que soit leur diversité, il existe dans toute société des principes fondamentaux qui légitiment l'organisation du pouvoir en son sein. Si l'on retient cette définition, il en ressort que la légitimité de l'Union doit être identique à celle des États membres car la société concernée est la même. C'est dire que l'Union européenne ne peut être légitime que si elle respecte les principes de l'État de droit accompagnés des principes démocratiques et de la reconnaissance des droits fondamentaux.

Si l'on se retourne ensuite vers les textes, on se rend compte que la question de la légitimité de l'Union a toutes les apparences d'un faux problème puisque cette organisation affirme sa volonté de se construire sur de tels principes fondamentaux ; il suffit de se référer à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne qui stipule :

> « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la nondiscrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

Pour autant, on ne peut se contenter d'une référence au traité pour considérer que la question de la légitimité est réglée et conclure que les citoyens n'ont simplement toujours pas compris que l'Union était légitime alors qu'elle l'affirme ; ou alors il faut admettre que si le peuple n'est pas d'accord, il faut changer le peuple. On ne peut non plus éluder au prétexte que l'Union aurait pris en compte son déficit de légitimité en intégrant cet article 2 par la réforme apportée par le Traité de Lisbonne (1) puisque cette disposition était déjà présente, dans les mêmes termes, à l'article I-2 TECE. Il faut donc se demander pourquoi le problème subsiste malgré l'affirmation de légitimité (I) et ce qui manque à l'Union pour asseoir sa légitimité (II).

(1) Traité modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *J.O.U.E.*, C 115 du 9 mai 2008, p. 13.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

I. – Les motifs du procès en illégitimité

Bien que le procès en illégitimité soit très ancré dans nombre d'esprits de qualité, il n'en est pas moins difficile à comprendre, tant l'Union européenne présente d'attributs à même de la légitimer. Mais s'agit-il de réalité ou d'apparence ? Pour apporter une réponse à cette interrogation, on peut prendre comme référence les fondements de la légitimité des États membres de l'Union, pour la raison avancée précédemment, et rechercher la manière dont ces derniers traduisent dans leur système cette exigence de respect de leurs principes de légitimation constitués par l'État de droit, la démocratie et la reconnaissance de droits fondamentaux. Ce choix est pertinent puisque l'Union s'est constituée à partir de ses États membres et que l'on peut penser qu'ils ont cherché à y transposer leurs valeurs ; le modèle de légitimité reste donc (faute de mieux ?) celui des États membres. La démarche exige dans le même temps de vérifier si l'Union européenne reprend les mêmes principes, s'en inspire ou s'en éloigne pour instruire le procès. On peut commencer cette comparaison en prenant comme champ d'investigation les institutions de l'Union car dans les États, mais aussi au sein de l'Union, l'exigence d'institutions démocratiques est apparue la première comme marqueur d'un pouvoir légitime (A). Elle peut être poursuivie par la prise en compte des autres principes fondamentaux qui sont désormais considérés comme tout aussi importants pour caractériser un régime légitime (B).

A. – Des institutions réellement démocratiques et effectivement légitimes ?

Si le modèle est celui des États, a-t-il été repris de façon satisfaisante par l'Union ? Autrement dit, cette dernière s'est-elle organisée autour d'une logique démocratique s'appuyant sur le suffrage universel direct et établissant une véritable séparation des pouvoirs ? Certes ces éléments ne sauraient suffire à eux seuls à légitimer une institution, mais ils sont cependant essentiels en ce qu'ils sont apparus en premier et qu'ils constituent encore aujourd'hui l'aspect le plus visible et le plus communément admis d'un régime légitime.

Est-il besoin de le rappeler ? L'Union s'est dotée, soit dès l'origine, soit au fur et à mesure de son évolution, de tous les attributs qui caractérisent une organisation démocratique : un Parlement, désormais élu au suffrage universel direct, un Conseil, une Cour de justice ; cela ne rappelle-t-il pas, au moins superficiellement, les institutions d'un pouvoir démocratique ? Mais on perçoit aussitôt que le modèle n'est pas exactement repris puisque s'ajoutent à ces organes une Commission puis un Conseil européen.

On peut commencer la revue par le juge dont le rapprochement avec le pouvoir judiciaire semble le plus évident. En outre, c'est certainement lui qui marque de la façon la plus accomplie la fidélité au modèle choisi : ses

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

arrêts sont revêtus de l'autorité de la chose jugée ; il dit le droit communautaire et en donne l'interprétation, reprise de plus ou moins bon gré mais en définitive reprise par tous ; il tranche les conflits de compétence entre l'Union et ses membres comme une cour fédérale. On peut sur ce point s'interroger sur la pertinence qu'il y a à attribuer une compétence qui relève du fédéralisme à une juridiction dans une organisation qui n'est pas fédérale, mais ce n'est pas l'objet de la réflexion : dans une étude où on s'interroge sur le respect du modèle institutionnel par l'Union, ce n'est pas le lieu de critiquer la propension à trop respecter le modèle.

1. – Un législateur, mais pas de législatif

Mieux vaut porter son attention sur les institutions qui posent plus de problèmes au regard des critères retenus, à commencer par le Parlement. Tout semble le rapprocher de plus en plus du modèle démocratique. Voilà une institution dont la désignation des membres au suffrage universel direct est désormais bien établie, même si la participation aux élections est habituellement faible, qui en outre prend une part de plus en plus importante au processus législatif au point de devenir un co-législateur de principe avec le Conseil, qui exerce un contrôle accru sur la Commission par le biais traditionnel de la motion de censure -même si celle-ci n'a jamais été mise en œuvre- et le moyen nouveau de la participation à la désignation des membres de la Commission. Représentation par l'élection, législation et contrôle, ne s'agit-il pas des trois fonctions qui sont l'apanage d'un parlement dans un régime démocratique ; lui manquerait-il quelque chose pour satisfaire les plus exigeants ?

On peut avancer que les fonctions de législation et de contrôle, imparfaites lorsqu'elles sont exercées par les parlements des États membres, le sont encore plus lorsqu'on les examine au sein de l'Union ; c'est tout spécialement flagrant pour le contrôle dont l'essentiel des mécanismes, concernant la Commission, ne porte pas sur l'organe qui détermine la politique de l'Union. Tout en reconnaissant la réalité de cette objection, on peut y répondre en se plaçant sur un terrain dynamique plutôt que statique. On fait alors remarquer que si les pouvoirs des parlements nationaux ont tendance à diminuer, ceux du Parlement européen au contraire augmentent à chaque modification des traités. Pourtant, cela ne suffit pas à supprimer le malaise, tant le fonctionnement du Parlement paraît obscur ; le rôle respectif des lobbies, di travail en commission et en séance plénière est difficile à cerner.

Mais le malaise réside fondamentalement dans la troisième fonction commune aux parlements des États et à celui de l'Union, la fonction de représentation. L'objection est d'autant plus forte que cette fonction est essentielle et que pour cette raison, elle commande la légitimité des deux autres. C'est parce qu'ils représentent la Nation, le peuple selon que l'on retient le principe de la souveraineté nationale ou celui de la souveraineté populaire que les parlements nationaux sont légitimes à légiférer et à contrôler le pouvoir

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

exécutif. Mais que représente le Parlement européen ; une Nation, un peuple européens ? Peut-on raisonnablement avancer que de telles entités existent ? Des peuples européens certainement, mais les citoyens de ces peuples ont le sentiment d'être partie prenante d'une entité nationale ou culturelle avant de se sentir membres d'un peuple européen. D'ailleurs, le traité ne prétend aucunement à une représentation d'un peuple européen, indiquant que « le Parlement européen est composé de représentants des citoyens de l'Union » (TUE, art. 14, al. 2). Quelle que soit l'éminence du statut ainsi représenté, la représentation n'en est pas moins individuelle plutôt que collective.

On constate bien la volonté d'asseoir la légitimité démocratique de l'Union à travers son Parlement, mais celle-ci reste imparfaite du fait qu'elle n'existe qu'à travers de cette institution qui, par ailleurs et quelles que soient les avancées réalisées, ne saurait s'élever au rang d'organe véritablement représentatif.

2. – Un décideur, mais pas d'exécutif

Si l'on se tourne vers la troisième institution déjà répertoriée, le Conseil, on se rend compte que, malgré les apparences, il ne correspond en réalité pas aux canons qui légitiment constitutionnellement un pouvoir exécutif. Certes il est composé de ministres, au point que l'on conserve par habitude l'ancienne appellation de conseil des ministres, mais ces ministres sont européens par accident et nationaux par essence (TUE, art. 16, al. 2). Ce n'est pas seulement l'organisation de cette institution qui échappe à celle commune aux États membres, c'est aussi son fonctionnement. Alors que ces derniers se sont tous dotés, peu ou prou, d'un régime parlementaire dans lequel les ministres sont responsables devant le parlement national, rien de tel ici ; le Conseil ne peut voir sa responsabilité mise en cause par le Parlement, ce qui, eu égard à sa composition, mais aussi à son rôle puisqu'il est législateur avec le Parlement, n'aurait pas de sens. De ce fait il tient pour partie d'un exécutif parce qu'il « exerce des fonctions de définition des politiques » (TUE, art. 16, al. 1), d'ailleurs en concurrence subordonnée avec le Conseil européen, mais d'un autre côté, ses relations avec le Parlement sont d'un ordre différent et rappellent celles existant entre deux chambres dans un système fédéral, l'une représentant les citoyens et l'autre les États.

En elle-même cette situation ambiguë n'est ni légitimante, ni délégitimante, mais elle ne permet pas de bénéficier d'une présomption de légitimité. Dès lors, en raison du scepticisme fondé ou non qu'elle suscite, il appartient au Conseil d'apporter la preuve que sa configuration originale ne l'empêche pas d'obtenir un brevet de légitimité. Cette nécessité est d'autant plus forte qu'au regard des traités, le Conseil joue un rôle central, étant à la fois, plutôt qu'un exécutif, un législateur et un décideur de la politique de l'Union. La première fonction est exercée en commun avec le Parlement, la seconde lui est disputée par des institutions, le Conseil européen et la

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Commission qui, de près ou de loin, n'ont pas de lien avec celles que l'on rencontre en droit interne, de sorte que le Conseil ne fonctionne pas de façon autonome et n'entre donc pas spontanément dans une catégorie considérée comme légitime. Dans son cas, la légitimité n'est pas démocratique mais étatique. La reconnaissance de cette forme de légitimité est certainement nécessaire dans le système communautaire qui a d'abord été créé par des États, mais elle ne correspond pas spontanément dans l'esprit de tous à ce qui est la base de la légitimité.

3. – Un gouvernement, mais à l'état embryonnaire

La Commission n'a pas son équivalent parmi les institutions nationales ; ce fait remet-il pour autant en cause sa légitimité ? Pas nécessairement car sa création est le résultat de l'originalité de l'organisation communautaire. Il est donc impossible de la comparer à un organe étatique et ainsi, sortant d'un néant organisationnel et étant constituée sur une logique qui apparaît avec elle, il lui appartient de faire la démonstration de sa légitimité. C'est à l'origine un embryon de gouvernement qui ne dispose pas de la compétence de prendre les décisions de nature législative, celle-ci étant, comme on l'a indiqué, réservée au Parlement et au Conseil. Elle n'en a pas moins un rôle important puisque, parmi ceux qui lui sont attribués par le Traité (TUE, art. 17, al. 1), on remarque qu'elle est chargée d'un pouvoir de proposition des actes soumis au vote des deux autres institutions et qu'elle veille à l'application des mesures adoptées par elles. Elle n'en jouit pas moins d'un pouvoir important, le traité précisant qu'elle « veille à l'application du droit de l'Union ».

Ce pouvoir a beau être pour partie fantasmé, d'une part parce qu'il est exercé « sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne » et faudrait-il ajouter sous celui du Parlement, d'autre part parce qu'il permet de faire de la Commission un bouc émissaire visible et donc commode, il n'en a pas moins un effet délétère sur sa légitimité et, partant, sur celle de l'Union. Cette remarque faite, il faut souligner cependant que ce rôle ne s'est pas développé, contrairement à ce que l'on a pu observer à propos du Parlement, si bien que la Commission est demeurée un embryon de gouvernement. Sa fonction reste ainsi sans équivalent au sein des organisations étatiques et relève d'une légitimité que l'on ne rencontre pas non plus au niveau national, à savoir une légitimité intégrative.

4. – Un triangle, mais quadrilatéral

Trois légitimités sont ainsi présentes au sein de l'Union européenne. Souvent concurrentes, elles doivent toujours aboutir à un consensus puisque le système communautaire ne peut fonctionner sans leur accord. Elles dérogent certainement au standard étatique, mais en l'état actuel de l'édifice communautaire, elles l'expliquent, voire le justifient. Elles ne sont pas en équilibre stable l'une par rapport aux autres, une légitimité l'emportant sur

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

les autres à un moment ou à un autre. En outre, la perception que l'on peut en avoir ne correspond pas à la réalité institutionnelle. À cet égard, est-il besoin de souligner que la Commission, sur laquelle repose la légitimité intégrative, est perçue par beaucoup comme l'axe autour duquel s'organise l'Union européenne ? Or cette impression ne correspond pas à la réalité. On a déjà noté la montée de la légitimité démocratique à travers le Parlement à chaque réforme des traités, on peut souligner le renouveau de la légitimité étatique depuis le Traité de Lisbonne, mais déjà en germe précédemment, avec l'avènement du Conseil européen, formé principalement des chefs d'État ou de gouvernement, au rang d'institution. La reconnaissance n'est pas seulement symbolique puisque le Conseil européen « donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations et les priorités politiques générales » (TUE, art. 15, al. 1). Il apparaît donc qu'il devient à la fois un concurrent de la Commission et du Conseil, ainsi qu'une sorte d'exécutif chargé de déterminer la politique de l'Union.

Alors que les légitimités démocratique et intégrative sont affirmées par un représentant chacune, le Parlement et la Commission, la légitimité étatique bénéficie désormais de deux représentations, le Conseil et le Conseil européen. En réalité, de même que les trois mousquetaires étaient quatre, le « triangle institutionnel » formé du Parlement, du Conseil et de la Commission, comprend désormais un quatrième membre avec le Conseil européen ; l'Union invente ainsi une nouvelle figure mathématique inconnue de la géométrie euclidienne, le triangle quadrilatéral.

B. – Des droits fondamentaux effectivement protégés ?

Pour être légitime, un régime nécessite des élections démocratiques afin de désigner les institutions de décision, mais il ne se résume pas à cela. Il y faut encore une reconnaissance effective des droits fondamentaux. À l'origine, ceux-ci étaient les grands absents de l'œuvre communautaire. En effet, même s'ils n'étaient pas entièrement ignorés, il n'avait pas semblé nécessaire de leur faire une place, d'une part parce que les trois communautés créées étaient d'abord économiques et que la reconnaissance de droits fondamentaux ne paraissait pas entrer dans leur champ de compétence, d'autre part parce qu'une nouvelle organisation, en la personne du Conseil de l'Europe, s'était dédiée à cette tâche. Il n'en reste pas moins qu'à une époque où l'attention portée à la protection de tels droits devenait de plus en plus forte, ce manque faisait difficulté. Il faut ajouter que la Communauté économique européenne notamment développait des compétences ayant de plus en plus d'incidence sur l'exercice des droits fondamentaux. Le statu quo devenait de moins en moins acceptable et par voie de conséquence, sa légitimité était de plus en plus difficile à justifier. De ce fait, des évolutions se sont produites et si à l'origine, la plupart des constituants de la légitimité au regard des droits fondamentaux étaient absents du système communautaire, ils sont apparus progressivement, au point d'être très présents actuellement

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

même s'ils n'ont pas (encore ?) rejoint le standard affirmé dans les États membres.

La position affirmée dans un premier temps et tenant à la primauté de l'ordre juridique communautaire, ne pouvait plus être tenue telle quelle. La Cour de justice avait en effet affirmé que : « L'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État » (2). Elle avait pu ajouter que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect », le coup de tonnerre de l'attendu précédent avait été tellement fort qu'il avait occulté la seconde considération. Même si sa position était orthodoxe à l'aune du système juridique dans lequel il fonctionnait, le juge de Luxembourg semblait déligitimer au regard de l'ordre juridique communautaire la protection des droits fondamentaux telle qu'elle est réalisée par les États membres. Mais c'est en réalité la Communauté qui en sortait déligitimée.

La suite ne fut qu'une longue marche vers une relégitimation par le biais de la reconnaissance des droits fondamentaux. Quelques étapes en constituent des marqueurs certains. Citons l'arrêt Nold de la même juridiction qui reprend dans un climat en voie d'apaisement les garanties qui étaient passées largement inaperçues dans la décision de 1970 (3) :

> « La cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres ;
> Les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire ;
> Dans l'ordre juridique communautaire, il apparaît de même légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits ».

Puis, adoptant un mouvement fréquent de consolidation d'une jurisprudence par les textes, on passera d'une reconnaissance par les juges à une affirmation encore timide dans le texte fondateur lui-même lors de la modification apportée par l'Acte unique européen ; celui-ci fait en effet référence, il est vrai de manière encore symbolique dans son préambule, aux droits fondamentaux reconnus par les droits des États membres et par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ensuite les étapes se succèdent avec comme constante une consolidation toujours plus forte des droits fondamentaux et, en accompagnement, une garantie accordée toujours accrue : parmi les avancées les plus importantes, relevons la consécration formelle de la jurisprudence de la Cour de justice par le Traité de Maastricht ; la possibilité de sanctionner un État membre qui

(2) C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. C-11/70, *Rec.*, p. 1125.

(3) C.J.C.E., 14 mai 1974, *Nold*, aff. C-4/73, *Rec.*, p.431 concl A. Trabucchi.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

violerait de façon grave et persistante les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, apparue avec le Traité d'Amsterdam ; l'élaboration de la Charte européenne des droits fondamentaux au moment du Traité de Nice et surtout la reconnaissance qu'elle dispose de la même valeur juridique que les traités fondateurs par le Traité de Lisbonne.

Très imparfaite sur de nombreux points et acceptée avec réserve par certains États, la Charte s'efforce cependant de prendre en considération les droits les plus récents reconnus dans différents instruments nationaux ou internationaux. À dire vrai, malgré ses défauts, ce n'est sans doute pas elle, ni plus généralement la question de la protection des droits fondamentaux, qui amènent à s'interroger sur la légitimité de l'Union.

Il n'est en effet pas inutile de se demander si les catégories constitutionnelles, fondées d'abord sur la séparation des pouvoirs d'un régime démocratique et ensuite sur la protection des droits fondamentaux sont pertinentes pour apprécier la légitimité de l'Union. Cette dernière est-elle non légitime ou s'appuie-t-elle seulement sur des principes inhabituels et qui lui sont propres ? Ajouter à une légitimité démocratique, certes imparfaite, une légitimité étatique et une autre intégrative, correspond certainement à la logique de l'Union, mais ces deux dernières n'allant pas de soi, il leur appartient de s'affirmer et en quelque sorte de « faire leurs preuves ». Adjoindre à cela une garantie des droits fondamentaux, non seulement ne va pas à l'encontre de cette logique, mais en outre est susceptible de conforter la légitimité de l'Union. La difficulté tient aussi à ce que l'on recherche plus ou moins explicitement une légitimité sur le modèle adopté par les États membres, alors qu'une nouvelle légitimité est en train de se faire jour. Il n'empêche que de l'opinion communément partagée, la légitimité de l'Union n'est pas assurée et qu'il convient de rechercher s'il existe un remède au mal.

II. – Des remèdes efficaces ?

Le constat n'est-il pas désespérant ? Des efforts indéniables ont été déployés afin d'assurer à l'Union une légitimité et cependant celle-ci n'est pas incontestable, ou simplement reconnue, voire ressentie. Que faut-il faire de plus ? Des réformes institutionnelles (A) ; des réformes psychosociales (B) ?

A. – Des réformes institutionnelles ?

Tout n'est pas parfait, mais des réformes dans ce domaine modifieraient-elles vraiment la situation ? On peut en imaginer ; énumérons-en quelques unes. À un titre ou à un autre, elles concernent d'abord la Commission.

C'est en effet elle qui pose certainement le plus de difficultés au regard de la légitimité. Cela tient en premier lieu à ce qu'on lui accorde trop d'importance à l'aune de ses compétences effectives : elle se trouve en amont et en aval de la décision, mais ne la prend pas ; elle est l'institution de la légitimité

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

intégrative, moins admise que l'étatique ou la démocratique. Est-il dès lors nécessaire de renforcer la légitimité intégrative ou de faire bénéficier la Commission d'une légitimité démocratique en sus de la légitimité intégrative ? Le premier choix est davantage affaire de psychologie sociale que de réforme institutionnelle ; la seconde solution suppose à la fois d'allouer à la Commission plus de pouvoir de détermination de la politique de l'Union afin de la rapprocher d'un gouvernement et de faire ainsi coïncider la réalité avec l'impression, mais aussi de lui accorder les attributs de la légitimité démocratique. Sans doute ce mouvement conduirait-il à un renforcement de la légitimité de la Commission et, plus largement, de l'Union, mais une telle évolution est pour le moins hasardeuse. En effet les États ne sont pas disposés à adopter une réforme de ce genre, d'autant que cette évolution n'est guère cohérente avec la nature et le fonctionnement traditionnel de l'Union. Par ailleurs, la Commission dispose, au moins sur le papier, déjà des principales caractéristiques qui fondent la légitimité démocratique : elle est responsable devant le Parlement par le biais du vote d'approbation au moment de son entrée en fonction (TUE, art. 17, al. 7) et par le truchement de la motion de censure en cours de mandat (TFUE, art. 234). On peut certes observer que ces deux procédures caractéristiques d'un régime parlementaire, qui reste malgré ses limites dans la mentalité collective l'exemple de la légitimité démocratique, sont d'une faible efficacité, mais elles n'en existent pas moins et elles ne sont pas nécessairement plus efficaces dans les régimes parlementaires les plus installés.

La remarque dépasse le cas de la Commission car en matière démocratique, un chemin notable a été effectué depuis la création des Communautés européennes. On a déjà souligné la montée du Parlement en ce domaine ; on peut ajouter d'autres avancées, même si certaines sont plus symboliques que porteuses d'un véritable pouvoir donné aux citoyens. Mais citons tout de même parmi les plus marquantes : l'instauration d'une procédure législative ordinaire de principe associant les représentants des trois légitimités (TFUE, art. 289 et 294) ; la publicité des délibérations du Conseil siégeant en formation législative (TUE, art. 16, al. 8) ; la reconnaissance du principe de la démocratie participative et l'utilisation de certaines de ses techniques grâce à l'initiative citoyenne dirigée vers la Commission (TUE, art. 11), au droit de pétition tourné vers le Parlement (TFUE, art. 227), ou la consolidation du Médiateur (TFUE, art. 228).

Il n'en reste pas moins que ces avancées sont insuffisantes et qu'il faut donc en réaliser d'autres. On peut envisager d'accorder une initiative législative au Parlement, tout en étant conscient que si cette réforme est susceptible de développer la légitimité démocratique de l'ensemble de l'Union, elle n'en reste pas moins limitée au regard de ce que cette procédure produit au sein des systèmes politiques nationaux et change la nature de l'Union en ce que l'initiative n'est plus seulement d'origine intégrative, mais aussi démocratique et en ce qu'elle remet en cause l'équilibre fondé sur le consensus

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

entre les représentants des trois légitimités actuellement nécessaire à la prise de décision.

D'autres réformes peuvent venir à l'esprit mais il n'est pas certain que prises individuellement ou toutes ensemble, elles suffisent à résoudre le problème de la légitimité. Par exemple, il est parfois avancé que l'élection au suffrage universel direct pourrait ne pas concerner que le Parlement. Mais alors qui serait concerné par ce mode de désignation, le Président du Conseil européen, celui de la Commission ? En outre ce mode de désignation est diversement apprécié tant au sein des différents courants politiques qu'en celui des différents États, nombreux étant ceux qui sont réticents à donner une telle onction à une seule personne susceptible d'en abuser.

On peut aussi juger utile de revenir à un fonctionnement plus régulier des traités, en évitant la multiplication des accords internationaux passés entre les États membres en marge des procédures communautaires à laquelle on assiste actuellement avec le Mécanisme européen de stabilité ou le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (4). À cet égard, la manière dont sera mené le processus conduisant à nu éventuel « Partenariat transatlantique sur le commerce et l'investissement » sera un marqueur de la place effectivement accordée à la Commission, au Conseil et au Parlement, c'est-à-dire aux trois légitimités qui justifient une politique de l'Union. Il n'en reste pas moins qu'il faut se souvenir que ce type d'opération est trop technique pour aboutir à lui seul à une légitimation de l'Union.

Néanmoins ce cas est particulièrement emblématique parce qu'il marque que si au royaume des légitimités toutes sont égales, il y en a qui sont plus égales que d'autres et que la légitimité intégrative a le rang de parent pauvre tandis que la légitimité étatique est cardinale ; dès lors, la légitimité démocratique est largement d'apparence. En outre, il permet de toucher du doigt que les institutions, aussi bien élaborées seraient-elles, ne peuvent pas tout. Des éléments aussi essentiels que subjectifs qui relèvent de la psychologie sociale, doivent être pris en compte.

B. – Ou des réformes psychosociales ?

Ces réformes sont les plus difficiles à mener car, tenant à une appréciation subjective et collective d'une réalité, elles ne peuvent être faites seulement en modifiant quelques règles de droit, mais elles sont également les plus importantes car en définitive c'est sur elles et non sur le droit que repose le sentiment qu'une institution est ou non légitime. Or en matière européenne, le chemin est encore long.

Puisqu'on a noté le déficit de légitimité démocratique, il faut le combler, mais ce n'est pas du jour au lendemain que l'on peut créer un sentiment d'appartenir, si ce n'est à un même peuple ou à une même nation, en tout cas à une même communauté. Ce n'est pas non plus d'un simple revers de la

(4) Traité de Bruxelles, 12 mars 2012.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

main que l'on peut convaincre les différents peuples qui composent l'Union que si on transfère des compétences à celle-ci, ce n'est pas pour autant qu'on transfère la souveraineté des États ou, plus utopique encore, qu'il est préférable de substituer une souveraineté européenne aux souverainetés nationales. Dans un autre domaine, nombreuses aussi sont les personnes qui regardent avec inquiétude, voire rejet, l'évolution de l'Union vers toujours plus de libéralisme économique, celui-ci perdant sa fonction de moyen d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens pour devenir une fin en soi.

Au-delà de ces principes, le citoyen se pose des questions peut-être prosaïques, mais ancrées dans sa vie quotidienne : concrètement que me rapporte l'Europe ; quel est mon bénéfice ? Certes, celui-ci n'est pas négligeable : la paix, le progrès économique, la prospérité sociale, ainsi que cela était promis à l'origine ? Le premier avantage est ressenti désormais, à tort ou à raison, comme un acquis définitif dont on ne saurait plus créditer l'Europe. Le progrès économique et la prospérité sociale ne sont plus attribués à l'Union quand celle-ci n'est pas accusée d'être leur fossoyeur ; en tout cas, elle est souvent considérée comme un facteur d'aggravation de la crise et non en tant que protection contre elle.

On passe ainsi insensiblement d'une interrogation sur l'apport de l'Union à sa mise en cause. La question la plus souvent entendue est désormais : que me coûte-t-elle ? Et la réponse entendue est : tantôt la perte de la souveraineté nationale, parfois la crise économique, souvent une réglementation tatillonne sur les sujets les plus divers et les plus secondaires dont elle devrait n'avoir que faire. Ajoutons que malgré les efforts d'explication qu'ils ont pu développer, l'Union et ses États membres ont mis du leur pour développer la méfiance dont ils font solidairement l'objet : comment a-t-on pu faire entrer par la fenêtre ce qui avait été mis à la porte, c'est-à-dire faire adopter un traité de modification quand le traité établissant une constitution pour l'Europe avait été rejeté par referendum ? Et pour quel bénéfice pratique ? L'apport essentiel, très important au moins sur le plan des principes, est d'avoir donné à la Charte des droits fondamentaux même valeur que les traités, mais cette avancée est viciée par la contradiction entre la procédure et le fond : affirmer la place éminente des droits fondamentaux en passant par-dessus le résultat de deux proclamations populaires, est pour le moins paradoxal et cela pour bien peu puisqu'en pratique la quasi-totalité des droits affirmés par la Charte étaient en voie d'être reconnus par le biais de principes généraux du droit.

Dans l'esprit de beaucoup de citoyens, le bilan entre le coût et l'avantage de l'Union européenne penche vers le premier plateau de la balance. L'entraîner dans l'autre direction est difficile car les critiques formulées à l'égard de l'Union sont souvent contradictoires : l'Union est accusée de s'occuper de tout et de n'importe quoi, dans le temps où on exige d'elle qu'elle mette en place des réalisations concrètes proches des préoccupations des « vrais gens » et qu'elle assure une protection contre la concurrence

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

sauvage ; la subsidiarité ne saurait suffire à être la panacée à un tel dilemme. On lui demande de s'en tenir à l'essentiel et d'intervenir davantage dans les affaires du monde quand on vitupère sa propension à accaparer la souveraineté des États. On pourrait multiplier les exemples du même ordre, ils montreraient l'urgence d'une mise au clair tant au sein de l'Union que dans l'esprit des citoyens de ce que doit être l'Union et de ce que doit être son rôle, afin d'aboutir dans sa quête de légitimité. La piste d'une politique sociale pourrait être une solution, mais on sait l'impossibilité de la réaliser à vingt-huit et la grande difficulté à en faire une coopération avancée ; il doit cependant être convenu *a minima* qu'il ne peut plus y avoir de nouvelle intégration du marché sans avancée sociale équivalente.

Rien n'interdit d'ajouter à un embryon de politique sociale chargée de donner un semblant d'air de fête à une intégration économique bien peu enthousiasmante, un développement toujours croissant des droits fondamentaux et de la démocratie. L'Europe apronfondirait ainsi la découverte qu'elle est entrain de faire : qu'elle est un lieu et une entité qui reposent sur les droits fondamentaux, différents de ses voisins proches ; que cela fonde son identité et sa légitimité et mérite d'être défendu. S'il en allait ainsi, l'Union ferait une avancée considérable qui la mettrait en position de force car dans le monde actuel, elle n'est pas la seule à être à la recherche de sa légitimité. La crise de nombre d'organisations sociales n'est que le reflet d'un monde qui se cherche et qui constate que trouver un modèle qui fonde la légitimité n'est pas tâche aisée.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

LA CONSÉCRATION D'UN MODÈLE EUROPÉEN DE RÈGLEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX DANS LES ACCORDS EXTERNES DE L'UNION EUROPÉENNE

Joël LEBULLENGER

Professeur à l'Université Rennes 1, Chaire européenne Jean Monnet
Membre de l'Institut de l'Ouest Droit et Europe (IODE) UMR CNRS 6262

L'analyse comparative des systèmes de règlement des litiges (SRD) des accords externes de l'Union européenne sera circonscrite à l'examen de la procédure générale de résolution des différends commerciaux dans ces instruments conventionnels. Les règles spécifiques applicables au règlement des litiges liés aux investissements directs d'origine étrangère (IDE), qui devraient occuper une place de choix dans les futurs accords de l'Union européenne avec divers partenaires industrialisés et émergents, ne feront pas partie du périmètre de cette étude. Celle-ci s'attachera à mettre en évidence les choix stratégiques qui sont au cœur des politiques juridiques extérieures de l'Union européenne en matière de règlement bilatéral ou plurilatéral des contentieux commerciaux. Il n'en demeure pas moins que l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.), en tant que site de gouvernance du système commercial multilatéral, armé de son Mémorandum d'accord sur les règles et procédures relatives au règlement des différends (ci-après, « MARD »), s'invitera fréquemment en creux, mais parfois aussi en plein champ, dans les réflexions juridiques qui vont suivre.

Il s'avère également crucial de s'appuyer sur l'expérience d'autres systèmes bilatéraux ou plurilatéraux de règlement des litiges, afin de mieux faire ressortir les particularités de l'approche européenne en ce domaine. L'examen privilégié des procédures arbitrales instituées par l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) s'impose à cet égard pour les raisons suivantes : d'abord, ces procédures, fortement influencées par la politique juridique extérieure des États-Unis d'Amérique (EUA), se démarquent nettement de l'approche arbitrale européenne récente en matière de règlement des litiges ; ensuite, le comparatif entre ces deux systèmes est commandé par la finalisation escomptée à brève échéance (Canada), et à moyen terme (EUA), d'ambitieux accords globaux de commerce et d'investissements entre l'Union européenne et ses partenaires transatlantiques.

La procédure générale de règlement des différends figurant à la section B du chapitre 20 de l'ALENA trouve sa principale source d'inspiration dans le dispositif de résolution des conflits du GATT de 1947, lequel a toujours fait la part belle à la résolution amiable des différends entre les parties

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

contractantes impliquées dans un contentieux commercial (1). Le groupe spécial d'arbitrage susceptible d'intervenir au titre du chapitre 20 de l'ALENA n'adopte, en effet, pas de recommandations pouvant contraindre les parties concernées sans leur consentement (2). Il n'est par conséquent pas envisageable d'évoquer pour cet accord trilatéral l'existence d'un juge de l'ALENA au niveau de la procédure générale de règlement des litiges mise en place depuis 1994.

Jusqu'au milieu de la décennie 1990, les mécanismes bilatéraux de règlement des litiges dans les accords externes de la Communauté européenne étaient, quant à eux, de nature exclusivement diplomatique. Ils s'inscrivaient dans le cadre institutionnel d'un comité mixte à qui étaient dévolues des fonctions recommandatoires (3). Les premières procédures arbitrales et contraignantes de règlement des différends firent leur apparition sur le plan bilatéral dans les accords euro-mexicain de 1997 (4) et euro-chilien de 2002 (5). Ces mécanismes sont désormais incorporés dans tous les accords bilatéraux et plurilatéraux de l'Union européenne renfermant un volet commercial consacré au libre-échange (6). Des procédures de même nature, éventuellement réadaptées, devraient ainsi figurer dans l'Accord économique et commercial global (AECG/CETA) euro-canadien. Elles auront

(1) Voy. D. Turp, « L'Accord de libre-échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends », *Annuaire français de droit international (AFDI)*, 1992, pp. 808-822. Le chapitre 20 de l'ALENA reprend à son compte l'essentiel des dispositions incluses dans le chapitre 18 de l'Accord de libre-échange américano-canadien (ci-après, « ALE ») de 1987.

(2) L'ALENA instaure, en revanche, un mécanisme plus juridictionnel de règlement des litiges concernant les droits *antidumping* et compensateurs au niveau de son art. 19 qui résulte d'un compromis entre l'approche américaine et les positions défendues par le Canada et le Mexique. Ce mécanisme, fréquemment utilisé, attribue un pouvoir décisionnaire aux groupes spéciaux institués qui peuvent rendre des décisions obligatoires à l'égard des parties au litige. Voy. G. Gagné, « Le règlement des différends », in D. Brunelle et Ch. Deblock (dir.), *L'ALENA, le libre-échange en défaut*, Anjou (Québec), éd. Fides, 2003, pp. 303-310. Voy., également, H. Hellio, « O.M.C. et ALENA », in Th. Garcia et V. Tomkiewick (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce et les sujets de droit*, Bruylant, 2011, pp. 151-172, spéc. pp. 156-157.

(3) K. Bodemer, « Le règlement des différends », in M.-F. Durand *et al.* (dir.), *Vers un accord entre l'Europe et le Mercosur*, coll. Académique, Paris, Presses de Sciences Po, 2001, pp. 279 et s.

(4) Accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis du Mexique, d'autre part, *J.O.C.E.*, L 276 du 28 octobre 2000, pp. 44 et s.

(5) Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part, *J.O.C.E.*, L 352 du 30 décembre 2002, pp. 3 et s.

(6) L'Union européenne a également fait le choix d'appliquer les nouvelles règles arbitrales de règlement des litiges dans de nombreux accords externes conclus par les Communautés européennes dans les années 1990. Elle a procédé par voie de protocoles additifs négociés avec ses partenaires tiers, lesquels sont tous fondés sur l'art. 207 TFUE. Il en fut notamment ainsi à l'égard des associés méditerranéens tiers de l'Union européenne. Voy., p. ex., le protocole entre l'Union européenne et la République tunisienne instituant un mécanisme de règlement des différends relatif aux dispositions commerciales de l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et ses États membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part, *J.O.U.E.*, L 40 du 13 février 2010, pp. 76-90.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

également vocation à être incorporées dans le futur « Transatlantic Trade and Investment Partnership » (TTIP) euro-états-unien.

Avec la Commission européenne, il semble, par conséquent, possible d'affirmer qu'il « existe désormais un "modèle européen" de chapitre sur le règlement des différends qui est inclus dans les négociations actuelles des accords de libre-échange, et est basé sur le Mémorandum d'accord de l'O.M.C., adapté à un contexte bilatéral » (7). Les dispositions des accords d'association, de partenariat ou de commerce consacrés au règlement des litiges font de ce fait partie intégrante d'une stratégie d'influence normative de l'Europe sur la scène internationale, dans l'optique d'une gestion plus efficiente des litiges commerciaux conformément à l'approche préconisée par l'Union européenne, ainsi que dans la perspective de la réforme du MARD de l'Organisation mondiale du commerce, jusqu'à présent toujours retardée.

Les mécanismes bilatéraux de résolution des litiges, qui constituent parfois l'un des titres des accords externes de l'Union européenne avec des partenaires tiers, présentent de nombreuses analogies avec le système multilatéral de règlement des différends de l'O.M.C. Ils constituent, en effet, un compromis entre un exercice diplomatique à l'instar des accords précédents de la Communauté européenne (CE), et un exercice juridictionnel. Toutefois, à la différence essentielle du SRD de l'Organisation mondiale du commerce, en cas d'insuccès de la phase diplomatique initiale, les accords bilatéraux prévoient l'enclenchement d'une procédure sophistiquée d'arbitrage contraignant. Il en résulte que, si, à l'O.M.C., « le système judiciaire est innommé » (8) et ne révèle véritablement ses traits « juridictionnels » que dans la pratique des organes de règlement des différends (9), la figure du juge arbitral correspond, en revanche, à une réalité tangible dans les accords externes de l'Union européenne depuis 1997. Le modèle européen, de plus en plus juridictionnalisé (II), donne ainsi moins de prise que son homologue de l'ALENA, aux rapports de force entre les parties impliquées dans la résolution d'un litige.

Le phénomène de projection normative réalisé grâce au mécanisme bilatéral de règlement des litiges des accords externes de l'Union européenne apporte également une *plus-value* indéniable, par rapport à certaines dispositions du MARD de l'Organisation mondiale du commerce. Il en est notamment ainsi au stade de la constitution des groupes spéciaux appelés à formuler des recommandations, et durant la phase de mise en œuvre de celles-ci par la partie perdante, ce qui correspond habituellement à la phase

(7) Proposition de décision de la Commission européenne concernant la conclusion d'un accord sous forme de protocole instituant un mécanisme de règlement des différends relatif aux dispositions commerciales de l'accord d'association euro-tunisien, *COM* (2009) 357 final, 14 juillet 2009.

(8) H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C., trois ans après, quinze rapports plus tard », *RGDI publ.*, 1999, n° 1, pp. 49-127.

(9) A. Hervé, « L'Union européenne et la juridictionnalisation du système de règlement des différends de l'OMC », coll. Droit de l'Union européenne, thèse, préface de Joël Lebullenger, Bruxelles, Bruylant, 2015.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

la plus délicate du règlement des litiges commerciaux. Ensuite, les SRD bilatéraux des accords externes de l'Union européenne couvrent *ratione materiae* un périmètre plus large que le MARD de l'Organisation mondiale du commerce. Ces facteurs objectifs militent en faveur d'une activation des SRD bilatéraux institués par l'Union européenne et ses partenaires tiers (III). Jusqu'à présent, en effet, ces mécanismes sont restés lettre morte. Leur utilisation éventuelle dans le cadre d'accords de libre-échange avec certains grands partenaires commerciaux pourrait cependant avoir des effets systémiques préjudiciables sur le fonctionnement du système commercial multilatéral. En dépit des résultats positifs, mais partiels, engrangés lors de la Conférence ministérielle de Bali en décembre 2013, l'O.M.C. reste, en effet, menacée d'ankylose, y compris en ce qui concerne son hyperactif système de règlement des différends. Se trouve enfin posé le délicat problème juridique de l'articulation des mécanismes de règlement des litiges commerciaux sur les plans bilatéral, plurilatéral et multilatéral (I).

I. – L'ÉVITEMENT RECHERCHÉ DES PRATIQUES DE *FORUM SHOPPING* ENTRE LES MÉCANISMES BILATÉRAUX, PLURILATÉRAUX ET MULTILATÉRAL DE RÈGLEMENT DES LITIGES

Le foisonnement des mécanismes bilatéraux et plurilatéraux de règlement des différends, lui-même consécutif à la prolifération des accords commerciaux préférentiels (ACPr) de format bilatéral ou plurilatéral, amène à s'interroger sur de possibles pratiques de *forum shopping* (10) entre ces dispositifs et le système multilatéral de résolution des litiges de l'O.M.C.

L'un des risques encourus se rapporte à d'éventuels conflits de compétences entre les procédures mises en place au sein de ces multiples forums de règlement des litiges commerciaux. Fort opportunément, les accords externes de l'Union européenne ainsi que l'ALENA cherchent à se prémunir contre ce phénomène grâce à l'instauration de clauses de conciliation (A). L'autre risque, plus difficile à circonscrire, vise à empêcher le prononcé d'interprétations discordantes de normes identiques ou équivalentes en substance, par des organes étrangers l'un à l'autre qui seraient sollicités par les parties de manière successive et concurrente. Afin de désamorcer ce potentiel de conflits susceptible d'affecter la prévisibilité et la sécurité juridique des règles du droit du commerce international, plusieurs accords récents de l'Union européenne érigent la jurisprudence de l'O.M.C. en norme de référence devant guider l'interprétation donnée par les groupes spéciaux arbitraux (B). Il arrive même parfois que les mécanismes du MARD bénéficient de l'exclusivité pour résoudre certains litiges, éliminant ainsi tous risques de chevauchement de compétence et toutes contrariétés de jurisprudence entre organes concurrents (C).

(10) Voy. H. Ghérari, « La concurrence de procédures dans les contentieux de l'Organisation mondiale du commerce », in Y. Kerbrat (dir.), *Forum shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 77-102.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

A. – La mise en place de clauses de conciliation entre les procédures des accords externes de l'Union européenne et la procédure multilatérale de l'O.M.C.

Les règles de conciliation visent à prévenir l'utilisation simultanée des recours institués au titre des accords externes de l'Union européenne et du MARD de l'Organisation mondiale du commerce. L'évitement du phénomène du *forum shopping* se traduit en premier lieu par la désignation explicite dans les ACPr de l'organe compétent pour résoudre les différends qui pourraient survenir entre les parties contractantes. Selon les modalités fixées dans les accords, le forum habilité à intervenir pour trancher un différend est soit imposé à la partie plaignante, soit librement choisie par celle-ci (11). Les controverses entre les parties au sujet du forum approprié et du *forum non conveniens* (12) pour aplanir un différend n'ont donc en principe plus lieu d'être. En outre, on observe que, lorsque des conflits de compétences portant sur les procédures instituées en vertu d'un ACPr et du MARD sont soulevés devant l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C., celui-ci refuse systématiquement de se prononcer sur cette question particulière, afin de ne pas s'immiscer dans des différends extérieurs à l'organisation. En pareille occurrence, l'O.R.D. n'en manifeste pas moins une réelle appétence pour administrer les plaintes qui lui sont soumises. Ainsi, lors d'un différend à l'O.M.C., ayant en 2005 opposé les EUA au Mexique, au sujet des mesures fiscales imposées par ce dernier aux boissons importées sans alcool, ni sucre de canne ajouté, la partie défenderesse plaida la thèse du *forum non conveniens* et invita en conséquence le panel à décliner sa compétence (13). Le Mexique estimait, en effet, que les EUA auraient dû saisir un groupe spécial d'experts au titre du chapitre 20 de l'ALENA, plutôt que l'O.R.D., compte tenu de la nature du différend. En réplique à cet argumentaire, le panel, puis l'Organe d'appel permanent (OAP) ont d'abord signifié au Mexique que les procédures du MARD ne pouvaient être utilisées pour déterminer des droits et des obligations extérieurs aux accords de l'O.M.C., en l'occurrence ceux des EUA vis-à-vis de l'ALENA. Ensuite, les organes de règlement des différends de l'O.M.C. ont souligné qu'ils n'avaient pas le pouvoir discrétionnaire d'exercer ou non leur compétence dans une affaire qui leur était soumise à bon droit. L'O.R.D. en a, par conséquent, déduit « que les groupes spéciaux ne peuvent décider librement de ne pas exercer leurs compétences, et le feraient-ils qu'ils diminueraient les droits des membres de l'O.M.C. » (14).

(11) Voy. *infra*.

(12) Voy. H. Ghérari, « La concurrence de procédures dans les contentieux de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, pp. 87 et s. Voy. également H. Hellio, « O.M.C. et ALENA », *op. cit.*

(13) Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons, WT/DS 308/R, 7 octobre 2005, WT/DS 308/AB/R, 6 mars 2006.

(14) H. Ghérari, « La concurrence de procédures dans les contentieux de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 96.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

L'autre principe cardinal énoncé dans les ACPr tient dans l'interdiction absolue d'enclencher une procédure parallèle devant un organe concurrent de l'instance primitivement saisie, avant la clôture définitive du litige par celle-ci. L'organe librement choisi par la partie plaignante ou imposé à celle-ci en vertu des règles de l'accord bénéficie ainsi toujours de l'exclusivité. En vertu de cette règle intangible, une fois qu'une procédure est enclenchée, l'enceinte choisie (15), si elle ne s'est pas déclarée incompétente, est utilisée à l'exclusion de tout autre organe. Il n'est pas moins vrai que, dans la plupart des accords, subsiste un « angle mort » quant à la possibilité pour la partie insatisfaite de la solution adoptée par un organe de règlement des litiges de saisir l'autre forum après la conclusion de la première procédure, ouvrant ainsi la voie à de possibles contrariétés de jurisprudence (16)… L'accord de libre-échange euro-sud-coréen tient, en outre, à préciser qu'une partie doit s'abstenir de saisir simultanément et concurremment le forum multilatéral et le forum bilatéral de règlement des litiges « pour chercher à obtenir réparation pour la violation d'une obligation identique découlant du présent accord et de l'accord de l'O.M.C. » (17).

En pratique, les accords externes de l'Union européenne posent le double principe suivant, repris des procédures du chapitre 20 de l'ALENA : d'une part, celui de la libre sélection par la partie plaignante de l'enceinte compétente, lorsque le litige porte sur des questions qui ressortissent à la fois d'un accord bilatéral ou plurilatéral et du droit de l'O.M.C. (18) ; d'autre part, celui du monopole de compétence du forum saisi, à l'exclusion de l'organe institué par l'autre instrument (19). Le choix du forum approprié de règlement des litiges dans les accords externes de l'Union européenne obéit cependant parfois à des règles différentes de celles de l'ALENA. Dans la plupart des cas, c'est, en effet, le droit sur lequel porte la contestation qui détermine le choix du forum compétent.

(15) Ainsi, en vertu de l'art. 22, § 2, de l'Accord de partenariat économique entre la partie européenne et les États membres du Cariforum, « une partie ou un État signataire du Cariforum est réputé(e) avoir engagé une procédure en règlement de différend aux termes de l'accord O.M.C. du moment où il/elle a présenté une demande de constitution d'un groupe spécial aux termes de l'article 6 du mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends », *J.O.U.E.*, L 289 du 30 octobre 2008, p. 1-1995. Des dispositions similaires figurent dans l'accord de libre-échange euro-sud-coréen (art. 14.19, § 3), *J.O.U.E.*, L 127 du 14 mai 2011, p. 1-1343, dans l'accord d'association euro-centraméricain (art. 326, § 7), *J.O.U.E.*, L 346 du 15 décembre 2012, p. 1-2621, dans l'accord commercial pluripartite avec la Colombie et le Pérou (art. 319, § 2), *J.O.U.E.*, L 354 du 21 décembre 2012, p. 1-2607.

(16) Voy. *infra.*

(17) Art. 14.19, § 2, de l'accord de libre-échange euro-sud-coréen, préc.

(18) Art. 2005, § 1er, de l'ALENA.

(19) Cette solution se retrouve dans de nombreux accords bilatéraux de libre-échange, tels les accords entre le Japon et Singapour, Singapour et l'Australie ou dans le Protocole d'Olivos entre les États parties du Mercosur. Voy. H. Ghérari, « La concurrence de procédures dans les contentieux de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 97. Sur le Protocole d'Olivos, voy. K. Bodemer, « Le règlement des différends », *op. cit.*, pp. 285-288.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

B. – L'empêchement de contrariétés de jurisprudence entre les instances bilatérales de résolution des litiges et l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C.

Certains accords de l'Union européenne présentent une supériorité manifeste par rapport au chapitre 20 de l'ALENA, en ce qu'ils renferment une clause explicite de déférence à l'égard des décisions rendues par l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C. Ainsi, l'accord de libre-échange euro-sud-coréen énonce-t-il la règle suivante : « lorsqu'une obligation du présent accord est identique à une obligation de l'accord de l'O.M.C., le groupe spécial d'arbitrage adopte une interprétation qui est compatible avec toute interprétation pertinente consacrée par les décisions rendues par l'organe de règlement des différends de l'O.M.C. » (20). Une disposition similaire figure dans l'accord d'association de la partie européenne avec les pays d'Amérique centrale (21).

En vertu de ces clauses concordantes, les groupes spéciaux d'arbitrage concernés sont, par conséquent, tenus de se conformer à la jurisprudence de l'O.R.D., chaque fois que les règles de l'accord soumis à leur appréciation sont identiques à celles d'un accord multilatéral de l'O.M.C. Ainsi, l'Union européenne et ses partenaires tiers cherchent-ils à éviter que les arbitres travaillent en vase clos et qu'ils adoptent des décisions s'écartant des jurisprudences les mieux établies de l'O.R.D. L'approche récemment inaugurée par l'Union européenne vise finalement à prévenir tout risque de cacophonie jurisprudentielle entre les forums bilatéraux et multilatéraux de règlement des litiges.

Si l'utilité de la clause précitée est évidente, elle ne permet cependant pas à elle seule de se prémunir contre d'éventuelles discordances de jurisprudence qui surviendraient postérieurement à l'adoption d'une décision clôturant un litige. Il pourrait, en effet, advenir que la partie perdante veuille soumettre la même affaire aux organes d'un autre forum de règlement des conflits après la conclusion de la première procédure ou qu'ultérieurement éclose un nouveau conflit sur une affaire identique, mettant en cause les mêmes parties. Afin de trouver une parade satisfaisante à ce type de situation ou de stratégie judiciaire particulières, l'accord d'association euro-centraméricain innove en prohibant le dépaysement juridique du litige dans les hypothèses précitées (22). Concrètement, les parties se voient interdire par l'accord la possibilité de déposer plainte devant les instances d'un nouveau forum de règlement des litiges.

(20) Art. 14.16 de l'accord de libre-échange euro-sud-coréen, préc.
(21) Art. 322 de l'accord d'association euro-centraméricain, préc.
(22) Selon l'art. 326, § 6, de l'accord d'association euro-centraméricain, « le terme "identique" qualifie un litige fondé sur les mêmes revendications juridiques et mesures contestées ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

C. – L'exclusivité de compétence accordée au forum de l'O.M.C. pour résoudre certains litiges

Actuellement, l'accord d'association euro-chilien de 2002 est le seul instrument conventionnel de l'Union européenne à incorporer des dispositions instaurant dans certains cas une clause d'exclusivité en faveur du forum de l'O.M.C. Il en est ainsi, sauf avis contraire des parties contractantes, lorsqu'une plainte déposée par l'un des signataires de l'accord d'association porte sur la violation d'une obligation contractuelle « équivalente en substance à une obligation dans le cadre de l'O.M.C. » (23). On constate, par ailleurs, que le règlement des litiges dans certaines matières visées par les accords externes de l'Union européenne est systématiquement réservé à l'O.R.D. L'exclusivité de compétence accordée aux organes de règlement des conflits de l'O.M.C. vient de ce que les règles applicables à ces matières sont celles de l'O.M.C., auxquelles tous les accords externes de l'Union européenne renvoient. C'est notamment le cas pour les contentieux relatifs aux instruments de défense commerciale, en matière de droits *antidumping*, de mesures compensatoires et de sauvegarde.

II. – La consécration de la figure du juge arbitral dans les accords externes de l'Union européenne

Il est remarquable de constater qu'au fil des ans, les accords externes de l'Union européenne s'efforcent de renforcer la juridictionnalisation de leurs procédures de règlement des litiges. Ce phénomène contraste avec l'immuabilité des procédures non judiciaires de l'ALENA. L'Union européenne s'est cependant inspirée des dispositions de l'Accord de libre-échange nord-américain relatives à la désignation des arbitres.

A. – L'établissement d'authentiques juridictions arbitrales dans les accords externes de l'Union européenne

Alors que les accords bilatéraux d'association ou de commerce de la Communauté, puis de l'Union européenne instaurent des mécanismes arbitraux contraignants, c'est, en revanche, l'approche préconisée par les EUA qui fut retenue dans le chapitre 20 de l'ALENA. Il s'ensuit « que les rapports de force politique occupent une grande place dans le déroulement du processus et des résultats » (24) de la procédure générale de règlement des litiges de l'Accord nord-américain. À l'inverse, les mécanismes bilatéraux de règlement des différends des accords externes de l'Union européenne reposent essentiellement sur le respect de la règle de droit. Ils ne sont donc aucunement perméables au facteur politique durant les phases d'intervention des groupes spéciaux d'arbitrage (2). Il faut, en revanche, rappeler que certaines dispositions de l'ALENA ont servi de référence aux Européens

(23) Art. 189, § 3, al. c), de l'accord euro-chilien, préc.
(24) G. Gagné, « Le règlement des différends », *op. cit.*, p. 319.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dans le choix des procédures très réglementées de désignation des arbitres (1).

1. – La mise en place d'une procédure très encadrée de désignation des arbitres

La constitution des groupes spéciaux d'arbitrage dans les accords externes de l'Union européenne révèle, d'une part, que les mécanismes prévus à cet effet ne sont pas sans rappeler ceux institués dans le cadre de l'Accord trilatéral de libre-échange nord-américain. D'autre part, elle souligne à nouveau que l'Union européenne met activement en œuvre une stratégie d'influence normative à travers ses accords bilatéraux. L'Union européenne garde en effet dans sa ligne de mire la réforme du système multilatéral de règlement des litiges qui demeure l'un des chantiers en friche de l'agenda post-Uruguay Round de l'O.M.C.

À l'instar de l'ALENA, les personnes très qualifiées appelées à siéger dans les groupes spéciaux, chargés de résoudre les litiges bilatéraux au sein des accords externes de l'Union européenne, sont la plupart du temps choisies ou désignées parmi des experts préalablement sélectionnés sur une liste régulièrement mise à jour et tenue en permanence à la disposition des parties.

L'Union européenne a, dans la même optique, proposé, au titre de sa contribution à la réforme du MARD de l'Organisation mondiale du commerce, que soit établie « une liste comprenant entre 15 et 24 personnes appelées à titre permanent à faire partie de groupes spéciaux ». Selon l'Union européenne, cette réforme aurait le mérite de mettre à la disposition des membres de l'O.M.C. un corps de panelistes exerçant une activité à temps plein « afin de s'assurer les services de personnes de grande qualité et très compétentes et d'éviter dans toute la mesure du possible d'éventuels problèmes de conflit d'intérêt[s] » (25). En professionnalisant la fonction de paneliste, à l'exemple des juristes membres de l'Organe d'appel permanent de l'Organisation mondiale du commerce, la réforme préconisée par l'Union européenne vise sans conteste à accentuer le profil judiciaire des organes du système multilatéral de règlement des différends.

À l'examen des accords d'association et de libre-échange de l'Union européenne, on constate que plusieurs dispositions de ces instruments anticipent, et servent en même temps de banc d'essai, à la réforme souhaitée par l'Union européenne du système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce.

Chaque accord externe de l'Union européenne prévoit, en effet, l'établissement d'une liste « toujours maintenue à son effectif complet », de quinze à vingt-cinq ou même trente-six arbitres potentiels (26). Afin d'établir cette

(25) Contribution des Communautés européennes à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'O.M.C. sur le règlement des différends, TN/DSW/1, 13 mars 2002, p. 3.

(26) Dans les accords bilatéraux, la liste comprend quinze personnes : cinq personnes sont proposées par chacune des parties pour faire office d'arbitres, et cinq sont sélectionnées d'un

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

liste, chaque partie contractante propose au comité d'association ou au comité commerce de l'accord les noms de personnes « disposées et aptes à faire office d'arbitres », lorsque l'occasion s'en présentera. Parmi les experts sélectionnés sur la liste, doivent également figurer des personnes ressortissantes de pays tiers à l'accord concerné, choisies d'un commun accord par les parties contractantes, en vue de présider les groupes spéciaux qui viendraient à être institués.

Le chapitre 20 de l'ALENA prévoit, quant à lui, la nomination par consensus, pour une durée de trois ans renouvelable, de trente personnes disposées à faire partie de groupes spéciaux (27). Tant cet accord trilatéral que les accords externes de l'Union européenne insistent sur le fait que les experts ou arbitres potentiels doivent avoir « une connaissance ou une expérience spécialisée du droit et du commerce international » (28), et qu'ils « seront choisis strictement pour leur objectivité, leur fiabilité et leur discernement » (29). En conséquence, les experts « sont indépendants, agissent à titre individuel et non sous les consignes d'une organisation ou d'un gouvernement quelconque » (30).

Les groupes *ad hoc* d'arbitrage des accords de l'Union sont, quant à eux, constitués selon des modalités qui ne sont pas uniformes d'un instrument conventionnel à un autre. Ainsi, dans l'accord avec le Chili, le tirage au sort effectué par le président du comité d'association préside à la désignation des trois arbitres (31). Le recours à ce procédé aléatoire ne sera, en revanche, enclenché que si l'une des parties en litige de l'accord de commerce pluripartite de l'Union européenne avec la Colombie et le Pérou ne procède pas à la désignation de son arbitre (32). L'accord de libre-échange euro-sud-coréen dispose, pour sa part, que la désignation des trois arbitres par tirage au sort ne sera effectuée que si les parties en litige n'arrivent pas à se mettre d'accord sur la composition du groupe spécial, à l'expiration d'un délai de dix jours (33).

---

commun accord par les parties contractantes en vue de présider les groupes spéciaux. La liste visée dans l'accord d'association euro-centraméricain comprend trente-six noms, et celle de l'accord pluripartite avec la Colombie et le Pérou en comporte vingt-cinq.

(27) Art. 2009, § 1er, de l'ALENA. Il est cependant envisageable pour les parties de choisir les experts participant à un groupe spécial en dehors de la liste préétablie. Mais, en pareil cas, une partie contestante pourra, dans un délai de quinze jours, récuser sans motif ce choix, conformément à l'art. 2011, § 3, de l'ALENA.

(28) Art. 14.18-2 de l'accord de libre-échange euro-sud-coréen.

(29) Art. 2009, § 2, a), de l'ALENA.

(30) Art. 14.18-2 de l'accord de libre-échange euro-sud-coréen.

(31) Art. 185, § 3, de l'accord d'association euro-chilien. L'un est choisi selon ce procédé aléatoire parmi les personnes de la liste proposée par la partie plaignante, l'autre parmi les arbitres potentiels de la partie défenderesse, et le dernier parmi les experts de pays tiers à l'accord euro-chilien, ayant vocation à présider le tribunal.

(32) Art. 303, § 2, de l'accord.

(33) Art. 14.5, § 3, de l'accord de libre-échange euro-sud-coréen. La procédure figurant dans l'accord d'association euro-centraméricain est plus complexe. L'art. 312, § 3, de cet accord prévoit qu'à l'expiration du délai de dix jours précité, chaque partie au litige est en droit de sélectionner un arbitre qui ne siégera pas en qualité de président, parmi les personnes figurant sur la liste préétablie. Le tirage au sort intervient pour la désignation du président du groupe

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

2. – Le caractère obligatoire et exécutoire des décisions arbitrales dans les accords externes de l'Union européenne

a) La phase de concertation, de bons offices, de conciliation et de médiation

Contrairement à l'approche qui prévaut dans les accords externes de l'Union européenne, l'économie générale du chapitre 20 de l'ALENA fait ressortir « que la solution finale d'un litige relève, pour l'essentiel, de la négociation bilatérale et non d'une logique juridictionnelle » (34).

Si la phase diplomatique de consultations (35) ou de concertation, également prévue dans les accords externes de l'Union européenne (36), ne permet pas de résoudre le différend à l'amiable, les parties contestantes de l'ALENA peuvent faire appel à la Commission du libre-échange de l'Accord nord-américain (37). Cet organe politique, s'il est sollicité, offre ses bons offices aux parties en litige et peut servir de conciliateur ainsi que de médiateur en faisant éventuellement appel à des conseillers techniques ou à un groupe de travail *ad hoc*. Il appartient dans ce cas à la Commission du libre-échange de formuler des recommandations élaborées de manière consensuelle, afin d'aider les parties à résoudre diplomatiquement leur différend. Cette phase politico-diplomatique de résolution des litiges orchestrée par un tiers, en l'occurrence les représentants des parties signataires de l'accord, est, en revanche, ignorée dans les SRD bilatéraux de l'Union européenne.

Vient éventuellement ensuite la phase où le groupe spécial d'arbitrage institué pour trouver une issue au différend rend son rapport.

b) Nature et portée des sentences rendues par les groupes spéciaux d'arbitrage

Alors qu'à l'O.M.C. et dans les accords externes de l'Union européenne depuis 1997, la judiciarisation des procédures tend à devenir la règle, il en va différemment dans le cadre du chapitre 20 de l'ALENA. D'une part, l'article 2018 de cet accord stipule que, « dès réception du rapport final d'un groupe spécial, les Parties contestantes s'entendront sur la solution du différend, laquelle devra *normalement* être conforme aux déterminations et aux recommandations du groupe spécial » (38). On constate ainsi que le rapport final du groupe spécial d'arbitrage renferme des recommandations qui ne sont pas immédiatement contraignantes pour les parties au litige. Ce sont, par conséquent, les « parties contestantes » qui doivent s'entendre

---

d'arbitrage et, si nécessaire, en *ultima ratio*, pour le choix du ou des arbitres restants.

(34) G. Gagné, « Le règlement des différends », *op. cit.*, p. 321.

(35) Art. 2006 de l'ALENA.

(36) Voy., p. ex., l'art. 14.3 de l'accord de libre-échange euro-sud-coréen, l'art. 310 de l'accord d'association euro-centraméricain.

(37) Art. 2007 de l'ALENA. La Commission du libre-échange est, selon l'art. 2001, composée de représentants des parties contractantes de l'ALENA ayant rang ministériel ou de leurs délégataires.

(38) Non souligné dans le texte de l'art. 2018, § 1er.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

sur la solution du différend, à partir « normalement » des déterminations du groupe spécial. La doctrine souligne, à cet égard, que, « dans la pratique, les parties se sont servies du rapport d'un groupe spécial comme base de négociations, de sorte que celui-ci a marqué le début de nouvelles négociations plutôt que la fin du litige » (39). La Chambre des Communes du Canada constate, pour sa part, que « la décision finale demeure entre les mains des parties et est exposée aux forces de la diplomatie et du pouvoir » (40), ce qui tend objectivement à favoriser la partie la plus forte, en l'absence de mécanisme d'appel.

Le chapitre 20 de l'ALENA appartient ainsi « à une catégorie plutôt spécifique des pratiques d'arbitrage international, puisque ce n'est pas seulement l'arbitre, mais aussi les parties souveraines du différend qui sont autorisées à participer au processus de décision » (41). Force est, dès lors, de constater que les EUA, en s'évertuant à dupliquer les pratiques du GATT de 1947 dans l'ALENA, ont tenu à sauvegarder leur pouvoir décisionnel souverain dans leurs rapports avec le Canada et le Mexique.

Les sentences rendues par les groupes arbitraux dans les accords externes de l'Union européenne possèdent, en revanche, une force immédiatement obligatoire et exécutoire à l'égard des parties à un différend. Il est, en effet, précisé, dans chaque accord de l'Union européenne, que « [t]oute décision d'un groupe spécial d'arbitrage lie les parties », qu'elle « est définitive et contraignante » (42), et que « chaque partie prend toutes les mesures nécessaires pour se conformer de bonne foi à la décision du groupe spécial d'arbitrage » (43). Depuis 1997, la Communauté européenne a ainsi clairement opté en faveur d'un système d'arbitrage contraignant dans ses accords externes.

Il faut enfin souligner que l'absence de force exécutoire des sentences rendues par les panels du chapitre 20 de l'ALENA « touche non seulement le rapport final du groupe d'arbitrage mais aussi, indirectement et dans une certaine mesure, la solution négociée par les parties au différend » (44). Comme les panels ne peuvent contraindre à la conformité avec leurs décisions, si les parties n'aboutissent pas à une solution négociée, ou si le compromis diplomatique élaboré d'un commun accord n'est pas respecté par l'une d'entre elles, la rétorsion unilatérale demeure la seule solution envisageable par la ou les parties gagnantes en vertu de l'article 2019 de

(39) G. Gagné, « Le règlement des différends », *op. cit.*, p. 320. Voy. également V. Loungnarath et C. Stehly, « The general dispute settlement mechanism in the North American free trade agreement and the world trade organization system : is the North American regionalism really preferable to multilateralism ? », *Journal of World Trade*, vol. 34, février 2000.

(40) Rapport Bernard Patry du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international de la Chambre des communes du Canada, « Partenaires en Amérique du Nord : cultiver les relations du Canada avec les États-Unis et le Mexique », décembre 2002.

(41) K. Bodemer, « Le règlement des différends », *op. cit.*, p. 289.

(42) Art. 323, § 2, de l'accord d'association euro-centraméricain.

(43) Art. 14.7 et 14.8 de l'accord de libre-échange euro-sud-coréen.

(44) K. Bodemer, « Le règlement des différends », *op. cit.*, p. 289.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'ALENA. La procédure de mise en œuvre des décisions arbitrales est, en revanche, très encadrée et strictement contrôlée par les groupes spéciaux initiaux dans les accords externes de l'Union européenne.

B. – La judiciarisation de la phase de mise en conformité des décisions arbitrales dans les accords externes de l'Union européenne

L'exercice par l'Union européenne d'un pouvoir d'influence normative sur la scène commerciale internationale, grâce à ses accords externes, est patent au niveau des procédures de mise en œuvre des décisions arbitrales. Cette phase importante du déroulé des contentieux se caractérise, en effet, par la clarté des règles instituées, comparativement à celles du MARD, et par la judiciarisation des procédures de mise en conformité.

Face au manque de clarté juridique du droit de l'O.M.C. sur ces questions, l'Union européenne s'oppose depuis des années aux EUA sur la question de l'articulation et de la chronologie au niveau de l'application des procédures des articles 21.5 et 22.6 du MARD. Cette question juridique épineuse, dite du *sequencing*, peut être schématiquement résumée autour du questionnement suivant : avant d'enclencher le mécanisme des contre-mesures prévu par l'article 22.6 du MARD, à l'expiration du délai raisonnable de mise en conformité accordé au défendeur, la partie plaignante doit-elle obtenir de la part du groupe spécial institué en vertu de l'article 21.5 une détermination multilatérale de celui-ci constatant que la partie condamnée ne s'est pas correctement acquittée des recommandations formulées par l'O.R.D. ? *A contrario*, l'édiction des mesures de rétorsion visées par l'article 22.6 du MARD peut-elle intervenir indépendamment du recours par la partie plaignante à l'établissement d'un groupe spécial sur la mise en conformité, visé par les dispositions de l'article 21.5 ?

Contrairement aux EUA, l'Union européenne s'est toujours opposée à la seconde interprétation, au motif que la partie gagnante ne peut pas imposer unilatéralement des mesures commerciales de rétorsion à la partie adverse, sous couvert malgré tout de multilatéralisme, dans la mesure où l'O.R.D. autorise formellement l'application des contre-mesures selon la procédure désormais habituelle du consensus inversé (45). Face à une jurisprudence qui manque encore de clarté (46), tant le chapitre 20 de l'ALENA que les

(45) Voy. D. Carreau, « Système commercial multilatéral (volet institutionnel) », *Répertoire international Dalloz*, Paris, septembre 2011, pp. 7-8. Voy. également H. Ruiz Fabri et P. Monnier, « L'Organisation mondiale du commerce », *J.Cl. Droit international*, fasc. « Règlement des différends », 130-15, 2010.

(46) Voy. le rapport de l'Organe d'appel dans le différend ayant opposé le Canada et les EUA à la Communauté européenne, « Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE-Hormones », WT/DS320/AB/R du 16 octobre 2008, ainsi que le commentaire de A. Hervé, Chronique « Politiques extérieures-Action extérieure de l'UE », in C. Flaesch-Mougin et J. Lebullenger (dir.), *Annuaire de droit européen*, vol. VII, 2009, Bruxelles, Bruylant, 2013, spéc. pp. 451-455. Voy. également A. Hervé, « L'interminable contentieux transatlantique sur le bœuf aux hormones », *R.M.C.U.E.*, n° 527, avril 2009.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

mécanismes bilatéraux de résolution des litiges dans les accords externes de l'Union européenne reprennent à leur compte ces deux visions antagonistes de la procédure de mise en conformité.

Dans le cadre de l'ALENA, si la partie condamnée n'arrive pas à trouver un accord avec le plaignant sur la sortie de crise, ou ne lui offre pas une compensation jugée par lui satisfaisante, ce dernier peut décider seul d'une suspension d'avantages dont la valeur doit être équivalente au préjudice que la mesure incriminée entraîne du fait de son maintien (47). Si le niveau de la suspension ainsi décidée unilatéralement par le plaignant est « manifestement excessif », la partie perdante pourra cependant demander à un groupe spécial de se prononcer (48). Hormis l'activation de cette éventuelle et ultime phase de procédure qui conduira le groupe spécial à statuer, toute l'étape de mise en conformité du chapitre 20 de l'ALENA est politisée et n'échappe donc pas aux asymétries de puissance qui caractérisent les relations entre les parties à un litige commercial.

C'est, en revanche, une logique judiciaire, au demeurant beaucoup plus accentuée que dans le cadre de l'O.M.C., qui préside au déroulement de la phase de mise en application des décisions des arbitres dans les accords externes de l'Union européenne. D'abord, avant l'expiration du délai raisonnable convenu entre les parties au litige, ou déterminé par un groupe spécial d'arbitrage (49), la partie perdante doit communiquer au comité de gestion de l'accord ainsi qu'à l'autre partie les mesures prises par elles en vue de se conformer à la sentence la condamnant (50). Lorsqu'à ce stade, un désaccord survient entre les parties à propos des mesures prises par le perdant afin de se conformer à la décision d'arbitrage, ce différend collatéral doit ou peut être tranché par le groupe spécial initial (51) dans un délai de quarante-cinq jours.

La possibilité donnée à la partie défaillante de s'adresser à nouveau aux arbitres exclut par conséquent toute possibilité d'édiction unilatérale de contre-mesures par le plaignant initial. C'est donc la vision européenne de la question du *sequencing* que la Communauté puis l'Union européenne

(47) Art. 2019, § 1er, de l'ALENA.

(48) Art. 2019, § 3, de l'ALENA.

(49) Art. 188, § 4, de l'accord d'association euro-chilien ; art. 14.1 de l'accord euro-sud-coréen ; art. 315, § 3, de l'accord d'association euro-centraméricain ; art. 308, § 3, de l'accord de commerce multipartite de la partie européenne avec la Colombie et le Pérou.

(50) Art. 14.10, § 1er, de l'accord euro-sud-coréen ; art. 316, § 1er, de l'accord euro-centraméricain. Dans les autres accords, la partie perdante est même tenue de communiquer, dans un délai de trente jours après le prononcé de la sentence arbitrale, les mesures nécessaires à l'exécution de la décision, à la partie adverse et au comité désigné dans la convention ; art. 188 de l'accord euro-chilien ; art. 308, § 2, de l'accord de commerce avec la Colombie et le Pérou.

(51) Art. 188, § 4, de l'accord euro-chilien ; art. 14.10, § 2, de l'accord euro-sud-coréen ; art. 316, § 2, de l'accord euro-centraméricain ; art. 308, § 3, de l'accord commercial de la partie européenne avec la Colombie et le Pérou. Il est à noter que, dans l'accord d'association euro-chilien, la saisine du groupe spécial est obligatoire, alors que, dans les autres instruments conventionnels, elle est laissée à la discrétion de la partie requérante.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

a réussi à imposer à ses partenaires tiers au niveau bilatéral. Le Canada devrait logiquement se rallier à une approche dépolitisée similaire dans le CETA. Il sera, en revanche, probablement plus difficile pour l'Union européenne de faire triompher cette approche judiciarisée du *sequencing*, dans le cadre du futur TTIP euro-états-unien...

La partie perdante est également toujours tenue, si elle y est invitée par l'autre partie, à faire une offre de compensation temporaire. L'article 314, paragraphe 3, de l'accord d'association euro-centraméricain insiste même sur le fait « que les parties au litige s'efforcent de convenir d'une compensation plutôt que d'opter pour la suspension d'obligations ». Ce n'est que dans l'hypothèse où le plaignant initial décline la compensation qui lui est proposée que celui-ci pourra instaurer des contre-mesures, étant précisé que le montant des suspensions d'obligations ainsi instituées est susceptible d'un contrôle exercé par le groupe spécial d'arbitrage, sur recours de la partie subissant des mesures de rétorsion jugées par elle excessives. À l'exemple de ce que prévoit le MARD, ce recours a pour effet de suspendre l'application des contre-mesures. Enfin, les dispositifs bilatéraux institués par l'Union européenne mettent en place une procédure inédite de « réexamen des mesures de mise en conformité adoptées après la suspension des obligations » (52). Cette dernière phase, inconnue sur le plan multilatéral, vise à soumettre à un arbitrage contraignant, si possible toujours exercé par le même groupe spécial, un nouveau désaccord qui surgirait entre les parties au sujet des mesures de mise en conformité adoptées par la partie défaillante, consécutivement à l'édiction de contre-mesures. L'Union européenne veille ainsi à encadrer les contentieux bilatéraux, du début jusqu'à la fin, en recourant à des procédures certes sophistiquées et un peu pesantes, mais qui présentent l'avantage d'être entièrement judiciarisées.

Aussi peut-on affirmer que non seulement les accords externes de l'Union européenne proposent un modèle procédural européen particulièrement typé de règlement bilatéral des différends commerciaux, mais que, de surcroît, les mécanismes institués afin d'assurer une mise en œuvre efficace, neutre et équitable des décisions arbitrales constituent à eux seuls un modèle dont l'O.M.C. pourrait s'inspirer dans le cadre de la réforme du MARD.

III. – Le destin prometteur des mécanismes bilatéraux de règlement des litiges commerciaux

Comparativement au champ d'action de l'O.M.C., quasiment inchangé depuis vingt ans, la globalité de contenu des accords d'association, de partenariat et de libre-échange récemment conclus par la partie européenne avec des partenaires tiers permet de prédire un bel avenir aux mécanismes bilatéraux et plurilatéraux de règlement des litiges (A). La concrétisation

(52) Art. 188, § 10, de l'accord d'association euro-chilien ; art. 14.12 de l'accord de libre-échange euro-sud-coréen ; art. 318 de l'accord d'association euro-centraméricain ; art. 311 de l'accord commercial entre la partie européenne et la Colombie et le Pérou.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de ce pronostic pourrait cependant venir perturber le rôle de « gendarme du commerce multilatéral dans le “temps long” » (53) de l'O.M.C., si cette dernière n'arrive pas à améliorer son mode de gouvernance interne, ni à relancer de manière significative sa capacité de régulation de la mondialisation économique (B).

A. – L'activation probable des mécanismes d'arbitrage dans les accords externes de l'Union européenne

1. – Les raisons structurelles d'attractivité des mécanismes contraignants d'arbitrage

Les mécanismes contraignants de règlement des litiges semblent objectivement jouer un rôle dissuasif important. Ainsi, selon le député canadien Bernard Patry, « leur existence même devrait suffire à prévenir les différends. Évidemment, ils ne peuvent avoir de valeur préventive que s'ils sont perçus comme étant exécutoires et le sont dans les faits, faute de quoi le système perd de sa crédibilité » (54).

Telle paraît être empiriquement l'une des raisons permettant d'expliquer la non-activation de ces dispositifs dans les accords externes de la Communauté puis de l'Union européenne depuis 1997. Le mode de fonctionnement partenarial de la plupart des accords externes de l'Union européenne (55) joue également ici un rôle important. On relève, en effet, que hormis le domaine des droits *antidumping* et compensateurs régis par les dispositions pertinentes des accords multilatéraux de l'O.M.C. (56), aucun différend commercial majeur n'a conduit l'une des parties signataires des accords susmentionnés, à entamer une procédure devant l'O.R.D., alors que de tels litiges auraient pu être traités sur le plan bilatéral. Le test de non-viabilité absolue ou relative des mécanismes bilatéraux de résolution des différends ne pourrait donc être activé et soumis à une évaluation objective que si l'Union européenne ou l'un de ses partenaires tiers (Mexique, Chili, République de Corée, Colombie, Pérou, Républiques d'Amérique centrale, pays ACP membres du Cariforum) décidaient sciemment de délaisser l'enceinte bilatérale au profit de celle de l'O.M.C. Or pareil scénario n'est jamais advenu jusqu'à présent.

(53) O. Blin, « L'encadrement juridique de la mondialisation économique par l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.), 17 ans plus tard : stop ou encore ? », in L. Grard (dir.), *L'Europe face au monde*, coll. Droits européens, Paris, Pedone, 2013, p. 91.

(54) Rapport législatif B. Patry, préc.

(55) Voy. *infra*.

(56) Ainsi, une demande de consultations a été demandée par le Mexique à l'O.M.C. le 18 août 2004, sur les « Mesures compensatoires provisoires visant l'huile d'olive en provenance des CE » (aff. DS 314). Le Chili a entamé une démarche similaire le 8 février 2005 en ce qui concerne les « Mesures de sauvegarde définitives appliquées au saumon » (aff. DS 326). Mais il est intéressant de souligner qu'aucune demande d'établissement de groupes spéciaux n'a été adressée à l'O.R.D. par les plaignants.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

En revanche, on peut, semble-t-il, retenir le facteur explicatif susmentionné dans le cas de l'ALENA, où, rappelons-le, les mécanismes prévus au chapitre 20 ne sont pas exécutoires (57). Ainsi constate-t-on que la procédure générale de règlement des litiges n'a été utilisée qu'à trois reprises seulement en l'espace de vingt ans (58). Pour beaucoup, c'est, à titre principal, l'absence de caractère contraignant et exécutoire des rapports des groupes spéciaux d'arbitrage qui explique que l'on ait eu si peu recours au chapitre 20 de l'ALENA, « un tel mécanisme ne permettant guère au Canada et au Mexique de pallier leur rapport de force défavorable face aux EUA » (59). Il semblerait, par conséquent, logique que le Canada adhère au modèle arbitral européen de règlement des litiges dans le cadre du futur CETA, afin de limiter le rôle joué par le facteur de puissance dans les relations transatlantiques.

Il n'en demeure pas moins aussi que, sur le plan structurel, le MARD présente des atouts indéniables face aux mécanismes bilatéraux de règlement des litiges, tels ceux figurant dans les accords externes de l'Union européenne. À la suite de Habib Ghérari, on peut ainsi faire valoir trois séries d'arguments. D'abord, le système multilatéral présente l'avantage « d'éviter les huis clos bilatéraux difficiles à gérer au plan politique » (60). S'y ajoute le fait que l'intervention de « tierces parties » à l'O.M.C. permet d'universaliser les différends. Ensuite, « la jurisprudence de l'O.R.D. est maintenant connue et prévisible, ce qui n'est évidemment pas le cas des tribunaux arbitraux ou des panels isolés et intervenant rarement » (61). De ce fait, le système multilatéral garantirait mieux la prévisibilité des règles du commerce international, à laquelle sont très attachés les opérateurs économiques privés. Cet argument fort doit cependant être relativisé, dans la mesure où les accords externes de l'Union européenne manifestent une déférence éclatante à l'égard de la jurisprudence de l'O.R.D. (62).

De plus, « la possibilité d'interjeter appel n'est pas sans rassurer les États, d'autant que les interprétations de l'Organe d'appel [...] font désormais autorité » (63). Ce dernier argument emporte indiscutablement la conviction. Il suffit, à cet égard, de souligner que la Communauté européenne est à l'initiative de la création d'un Organe d'appel permanent dans le cadre du MARD de l'Organisation mondiale du commerce et qu'en règle générale, les dispositifs arbitraux sont orphelins de procédures d'appel (64). Mais sans doute

(57) Voy. *supra*.

(58) A. de Mestral, « NAFTA : the unfulfilled promise of the FTA », *E.L.J.*, vol. 17, nº 5, septembre 2011, pp. 49-666, spéc. p. 654. Voy., également, F. M. Abbott, « The North American integration regime », *The EU, the WTO, and the NAFTA*, éd. J. H. H. Weiler, Oxford, OUP, 2000.

(59) G. Gagné, « Le règlement des différends », *op. cit.*, pp. 320-321.

(60) H. Ghérari, « La concurrence de procédures dans le contentieux de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 100.

(61) *Ibid.*, p. 101.

(62) Voy. *supra*.

(63) H. Ghérari, « La concurrence de procédures dans le contentieux de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 101.

(64) Faisant exception à cette règle, le Protocole d'Olivos (art. 23) permet aux pays

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

faudra-t-il « laisser du temps au temps », afin que les parties aux accords de l'Union européenne procèdent à leur propre évaluation des pratiques mises en œuvre par les organes arbitraux, dont de nombreuses règles visent à garantir la parfaite impartialité. Il importe, enfin, de souligner que le principal marqueur de la plupart des accords externes de l'Union européenne, surtout de ceux établissant une association économique et politique avec un tiers ou avec un groupement régional, est qu'ils privilégient l'esprit partenarial entre les signataires. Les accords de l'Union européenne incorporent, en effet, tous des mécanismes de dialogue économique et commercial, et parfois aussi de dialogue politique entre les parties dans le cas des accords associatifs. Les mécanismes et procédures ainsi institués visent à prévenir, à désamorcer, voire à résoudre les conflits entre les parties.

2. – Les éléments de « plus-value » des mécanismes contraignants d'arbitrage

Les mécanismes de règlement des litiges des accords externes de l'Union européenne apportent à divers titres une *plus-value*, par rapport aux dispositions du MARD de l'Organisation mondiale du commerce. D'abord, les mécanismes arbitraux bilatéraux couvrent *ratione materiae* un périmètre plus large que le MARD, bien que tous les domaines régulés par les accords externes de l'Union européenne ne soient pas soumis à la procédure générale de règlement des litiges de ces instruments conventionnels (65). Ensuite, il convient de rappeler que le perfectionnement des mécanismes du MARD est manifeste au niveau des règles que les accords de l'Union européenne consacrent à la désignation des membres des groupes spéciaux d'arbitrage, ainsi qu'à la mise en œuvre judiciaire des décisions prises par les arbitres (66).

a) Les éléments de plus-value liés au format d'accords de type « O.M.C. plus »

La particularité des accords commerciaux bilatéraux de « nouvelle génération » contractés par l'Union européenne et ses partenaires de la Quadrilatérale avec des tiers est qu'ils établissent des règles nouvelles par rapport à celles instituées dans les instruments multilatéraux résultant du cycle d'Uruguay. Les accords bilatéraux couvrent généralement plus de secteurs

---

membres du Mercosur, parties à un différend, de faire appel de la sentence d'un tribunal arbitral *ad hoc* devant le Tribunal permanent de révision. À l'instar de l'Organe d'appel permanent de l'O.M.C., ce tribunal se comporte à la manière d'un juge de cassation en réexaminant en droit la sentence du tribunal *ad hoc*. L'institution d'une procédure d'appel est, semble-t-il, caractéristique des particularités du Mercosur, en tant qu'organisation d'intégration non communautaire. Voy. J. Kasmi, « La nature juridique du Mercosur. Contribution à la théorie de l'intégration à travers l'étude d'une organisation d'intégration non communautaire », thèse multigraphiée soutenue à l'Université de Rennes 1 en 2012. Voy. également N. Susani, « Le règlement des différends dans le Mercosur. Un système de droit international pour une organisation d'intégration », Paris, L'Harmattan, 2008.

(65) Voy. *infra*.

(66) Voy. *supra*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de services que l'AGCS par exemple. Ainsi, dans l'accord d'association euro-centraméricain, l'approche « AGCS plus » est manifeste dans le secteur des services de télécommunications ou dans celui des services environnementaux et maritimes. Les accords de l'Union européenne s'attachent également à inclure des règles et des concessions commerciales dans le domaine des marchés publics (67), alors que la signature de l'Accord plurilatéral de l'O.M.C. dans cet important secteur d'activités est optionnelle. Il en résulte que les membres économiquement émergents de l'O.M.C. sont les grands absents de cet instrument plurilatéral. Dans le même esprit, les accords bilatéraux renferment fréquemment des règles qui garantissent mieux les droits de propriété intellectuelle de leurs détenteurs, ou élargissent le champ de la protection accordée aux parties, par exemple dans le domaine des indications géographiques (68), que l'accord multilatéral de l'O.M.C. sur les ADPIC. En pareil cas, si des différends surviennent entre les parties à un accord de libre-échange sur l'une des règles « O.M.C. plus » susmentionnées, l'enceinte bilatérale s'imposera pour le règlement du litige. Tous les domaines régulés par les accords externes de l'Union européenne ou de l'ALENA ne sont cependant pas soumis à la procédure générale de règlement des litiges de ces instruments conventionnels. C'est, par exemple, le cas pour les mesures relatives au commerce et au développement durable qui sont soumises à des procédures spécifiques de résolution des litiges (69).

Les accords d'association et de commerce de l'Union européenne postérieurs à 2011 incorporent, par ailleurs, des dispositions de plus en plus amples et fouillées sur l'élimination des obstacles non tarifaires entre les parties et sur la coopération à entreprendre par celles-ci dans le domaine des mesures non tarifaires (MNT). En accompagnement de ce dispositif normatif sans équivalent à l'O.M.C., l'accord de libre-échange euro-sud-coréen de 2011 (70), ainsi que les accords d'association et de commerce ultérieurs de l'Union européenne, instaurent un mécanisme bilatéral de médiation en cas de litiges relatifs aux MNT (71). Le médiateur est chargé de présenter une solution à l'attention des parties. Le choix de cette procédure semble approprié, car les différends relatifs aux MNT pullulent et, en cas d'échec de la médiation, le recours au mécanisme arbitral contraignant de l'accord est toujours envisageable. Nul doute que ce nouveau dispositif est promis à un fabuleux destin dans les futurs accords de partenariat

(67) Voy., p. ex., la partie IV, titre V, de l'accord d'association euro-centraméricain, ainsi que le titre VI de l'accord de commerce pluripartite entre la partie européenne, d'une part, la Colombie et le Pérou, d'autre part.

(68) Ainsi, dans l'accord d'association euro-centraméricain, l'approche « ADPIC plus » se concrétise au niveau de la protection de deux cent vingt-quatre indications géographiques, dont quarante-trois françaises, pour l'essentiel dans le secteur vinicole et fromager.

(69) Voy. *infra*.

(70) Annexe 14-A instituant un Mécanisme de médiation pour les mesures non tarifaires.

(71) Voy., p. ex., le titre X de l'accord d'association euro-centraméricain de 2012. Le médiateur est nommé d'un commun accord par les parties, sinon celles-ci établissent chacune une liste de trois personnes ne possédant pas leur nationalité. Les parties choisissent ensuite un nom dans chaque liste, et, finalement, le médiateur fait l'objet d'un tirage au sort effectué par le président du comité commerce ou du comité d'association de l'accord.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

économique et commercial global de l'Union européenne avec ses partenaires de la Quadrilatérale, car, tant au Japon qu'aux États-Unis d'Amérique et au Canada, les obstacles réglementaires constituent la principale barrière au développement des échanges avec la partie européenne, loin devant la protection tarifaire (72).

b) *Les éléments de plus-value liés au format d'accords de type « O.M.C.-X »*

Les accords externes de l'Union européenne renferment ou vont bientôt incorporer des dispositions à finalité régulatrice ou libéralisatrice concernant certains domaines qui échappent pour l'instant au champ d'application de l'O.M.C. C'est en particulier le cas dans le secteur de la concurrence ou, plus significativement encore, en matière d'investissements directs étrangers (IDE). Ainsi, l'accord de libre-échange euro-singapourien, ainsi que les futurs accords de partenariat sur le commerce et les investissements entre la partie européenne et le Canada (CETA), ainsi qu'avec les États-Unis d'Amérique (TTIP), devraient inclure un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (*Investor-State Dispute Settlement*). Ce dispositif, qui fait l'objet d'une procédure de consultation publique au sein de l'Union européenne avant son incorporation éventuelle dans le TTIP (73), devrait s'inspirer des dispositions du chapitre 11 de l'ALENA.

Les accords d'association de nouvelle génération ainsi que tous les accords de commerce complets et approfondis de la décennie 2000 incorporent également des clauses sociales et environnementales. Celles-ci sont incluses dans un titre dénommé « Commerce et développement durable » (74). Ainsi, tous les accords de l'Union européenne incorporent une norme prescriptive stipulant : « Une partie ne peut pas ni renoncer ni déroger, ou proposer de renoncer ou de déroger à sa législation en matière de travail ou d'environnement, d'une manière susceptible d'affecter le commerce ou dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement ou d'un investisseur » (75).

Se trouve néanmoins posée la question de l'effectivité de telles clauses, car celles-ci ne sont pas juridiquement sanctionnables. Les accords externes de l'Union européenne stipulent à cet égard que les clauses de

(72) Rapport 2013 de la Commission au Conseil européen sur les obstacles au commerce et à l'investissement, *COM*(2013) 103 final du 28 février 2013. Voy., également, B. de Largenteray, « Enjeux et perspective d'une zone de libre-échange transatlantique », *Policy Paper 99*, Fondation « Notre Europe », octobre 2013.

(73) http://trade.ec.europa/consultations

(74) Voy. F. Michéa, « Comparer les régionalismes : la dimension sociale », in Ch. Deblock, J. Lebullenger et S. Paquin (dir.), *L'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada. Du dialogue au libre-échange transatlantique*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2015.

(75) Art. 291, § 2, de l'accord d'association euro-centraméricain, préc. Dans le même sens, voy. l'art. 277 de l'accord de commerce pluripartite avec la Colombie et le Pérou, ainsi que l'art. 13.7 de l'accord de libre-échange euro-sud-coréen, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

développement durable ne sont pas soumises à la procédure générale de règlement bilatéral des litiges qu'ils instaurent, ni à la procédure de médiation prévue pour les mesures non tarifaires (MNT) (76). La surveillance et le contrôle de la mise en œuvre de ces clauses contraignantes échoient cependant à des organes dont les pratiques sont assimilables à celles d'un embryon de mécanisme de règlement des différends. Ainsi, en cas d'échec des consultations entamées par les parties en désaccord sur l'application des clauses de développement durable des accords, l'une d'entre elles peut demander la réunion d'un groupe de trois experts indépendants (77). Celui-ci est chargé de présenter un rapport incluant ses recommandations aux parties, afin de mettre un terme au différend. Ce dispositif ressemble singulièrement aux mécanismes de règlement des différends commerciaux bilatéraux, à la seule différence essentielle près que le rapport final du groupe d'experts n'a pas de force obligatoire ni exécutoire, et qu'aucune disposition spécifique relative à la mise en œuvre des recommandations des « panelistes » n'est prévue. Le respect des clauses sociales et environnementales des accords externes de l'Union européenne repose donc grandement sur la bonne volonté des parties contractantes.

Enfin, il ne faut pas exclure que certaines violations des droits sociaux fondamentaux du travailleur s'accompagnent d'autres violations substantielles des droits de l'homme. En pareil cas, il serait envisageable de faire jouer la clause de conditionnalité démocratique relative aux droits de l'homme. Celle-ci préside depuis plus de trois décennies aux relations conventionnelles de l'Union européenne avec les tiers, dès lors que celles-ci revêtent un caractère global. La clause de conditionnalité démocratique, qui est systématiquement qualifiée d'« élément essentiel » des conventions concernées, figure soit dans les dispositions générales d'un instrument conventionnel unique, à l'exemple des accords d'associations de l'Union européenne, soit dans celles d'un accord-cadre de coopération ou de partenariat, juridiquement articulé à un accord de commerce, grâce à l'insertion de « clauses passerelles » incorporées dans les deux instruments conventionnels précités (78). Des mesures appropriées, relatives à la suspension des concessions commerciales échangées dans le cadre de l'accord de

(76) Voy. *infra*.

(77) Sur la procédure assez complexe relative à la désignation des experts et sur l'établissement du groupe d'experts, voy., p. ex., les art. 297, § 2, et 298 de l'accord d'association euro-centraméricain, préc.

(78) Le schéma relationnel du double accord juridiquement lié fut inauguré en mai 2010 lors de la signature de l'accord-cadre de coopération euro-sud-coréen, qui précéda celle de l'accord de libre-échange entre les deux parties en septembre 2010. Voy. J. LEBULLENGER, « Signature de l'accord-cadre avec la Corée : l'Union européenne inaugure un nouveau modèle conventionnel », *Rev. trim. dr. eur.*, juillet-septembre 2013, pp. 599-602. Ce schéma relationnel inédit concerne également les relations de l'Union européenne avec certains pays asiatiques émergents, membres de l'ASEAN, tel Singapour. Voy. J. LEBULLENGER, « Les accords d'association, de partenariat et de coopération de l'Union européenne », *Annuaire de droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 946-977. Enfin, l'Union européenne s'apprête à parapher un Accord de partenariat stratégique (APS) avec le Canada, lequel sera articulé avec le CETA.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

libre-échange, pourraient, dès lors, être envisagées, en riposte à la violation de la clause droits de l'homme de l'accord où celle-ci est renfermée.

B. – L'impact systémique probable des mécanismes bilatéraux de règlement des différends sur le système multilatéral régulé par l'O.M.C.

La multiplication des systèmes bilatéraux de règlement des litiges, consécutive au foisonnement des accords commerciaux préférentiels (79), aura sans nul doute des retentissements systémiques à terme, notamment en raison de l'inclusion de tels mécanismes dans les méga-accords commerciaux du futur entre les membres de la Quadrilatérale. En effet, si le MARD de l'O.M.C. a jusqu'à présent rencontré un indéniable succès, il pourrait rapidement donner des signes d'essoufflement, si l'Organisation de Genève ne parvient pas à redevenir un lieu fécond d'élaboration des règles commerciales multilatérales (80). La plupart des accords du cycle d'Uruguay doivent, en effet, être modernisés au niveau de leurs règles, et leurs annexes de concessions mériteraient d'être renégociées, afin d'éviter l'ankylose progressive du système de règlement des différends de l'O.M.C. De nouveaux accords multilatéraux ciblés sur plusieurs des « questions de Singapour », notamment l'investissement et l'environnement, doivent, par ailleurs, être négociés, sous peine de voir le MARD supplanté par les mécanismes bilatéraux de règlement des différends institués dans les futurs accords commerciaux contractés entre membres de l'O.M.C.

Force est, à cet égard, de constater que le renforcement du système commercial multilatéral reste un objectif à atteindre après la tenue de la 9e Conférence ministérielle de l'O.M.C. à Bali du 3 au 6 décembre 2013. Cette dernière a surtout été un non-échec, ayant permis à l'O.M.C. de ne pas être décrédibilisée dans l'exercice de sa fonction normative (81). Mais la viabilité de l'Organisation mondiale du commerce en tant que site de gouvernance dédié à la production de normes commerciales multilatérales reste à démontrer.

Ce défi pourrait-il être surmonté par les futurs *méga-accords* de commerce entre les membres de la Quadrilatérale, à supposer toutefois que ces instruments conventionnels n'aient vocation qu'à être *in fine* l'antichambre du multilatéralisme ? Autrement dit, face à l'impossibilité de légiférer à cent soixante membres sur des sujets politiquement ambitieux et techniquement complexes, le rôle normatif futur de l'O.M.C. se bornera-t-il à rechercher la consolidation multilatérale des règles arrêtées et des concessions

(79) Au 31 juillet 2013, l'O.M.C. s'est vu notifier 575 ACPr, dont 90 % sont des accords de libre-échange et des accords de portée partielle.

(80) Voy. O. Blin, « L'encadrement juridique de la mondialisation économique par l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.) : 17 ans plus tard : stop ou encore ? », in L. Grard (dir.), *L'Europe face au monde*, coll. Droits fondamentaux, Paris, Pedone, 2013, pp. 89-97.

(81) S. Jean, « Les nouvelles règles du commerce international restent à définir », *Le Monde*, daté du 22 janvier 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

échangées entre quelques grandes puissances commerciales sur le plan bilatéral et plurilatéral ? Il semble que la multilatéralisation du bilatéralisme et du plurilatéralisme ne pourra devenir effective au sein de l'O.M.C. qu'à la condition que cet objectif stratégique soit dûment pris en considération par les membres de la Quadrilatérale durant la négociation de leurs accords de partenariat ou de commerce. Sinon il est probable que la dialectique entre le bilatéralisme commercial et le multilatéralisme trouve un nouveau terrain d'élection et de confrontation, y compris en ce qui concerne les mécanismes bilatéraux de règlement des litiges appelés à figurer dans les futurs accords de commerce complets et approfondis finalisés entre l'Union européenne et ses partenaires membres de la Quadrilatérale.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La consécration d'un modèle européen de règlement des litiges commerciaux dans les accords externes de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

LA PRINCIPAUTÉ D'ANDORRE ET L'UNION EUROPÉENNE : UNE RELATION DE PROXIMITÉ PARTICULIÈRE (1)

Marc MARESCEAU

Chaire Jean Monnet ad personam, Institut de droit européen, Faculté de droit, Université de Gand (2)

En juillet 1887, le voyageur explorateur et excellent dessinateur Gaston Vuillier se trouve à Perpignan, dans son pays natal, et décide de visiter « le val d'Andorre », qu'il désigne comme « cette petite république perdue dans un pli du massif des Pyrénées, séparée de la France par des crêtes escarpées, et qui, depuis plus de dix siècles, protégée par son infirmité pour ainsi dire, était demeurée pauvre mais libre » (3). En effet, y compris pour ses proches voisins, l'Andorre était restée très isolée et difficile d'accès, particulièrement du côté français (4). Avant d'entreprendre son voyage, l'explorateur s'informe auprès du bibliothécaire de la ville, qui connaît bien l'Andorre, et qui lui donne encore quelques derniers précieux conseils avant d'entreprendre le voyage, dont celui-ci : « Évitez … de parler politique et de vous mêler des affaires intérieures du pays. Faites bien comprendre que vous êtes des artistes voyageant librement et vous serez respectés » (5). D'abord en diligence et ensuite à travers la Cerdagne en berline tirée par des chevaux, notre voyageur, après de multiples péripéties, arrive en Andorre. Il y visite les paroisses et publie avec une attention particulière pour les détails dans *Le Tour du Monde*, à l'époque la meilleure revue française consacrée aux voyages et aux grandes expéditions, ce qu'il a vu dans ces terres si proches mais néanmoins si lointaines. Encore aujourd'hui, la lecture de cette fascinante relation de voyage est peut-être la meilleure initiation à la spécificité andorrane que l'on puisse imaginer même si, depuis la visite de M. Vuillier, la Principauté à forcément profondément changé.

Le lecteur de ces mélanges en honneur du professeur Blumann sera peut être étonné du choix du sujet de notre contribution et peut-être encore

(1) La rédaction de cette contribution a été achevée fin octobre 2014.

(2) L'auteur tient à remercier S.E. M^me^ Eva Descarrega, Ambassadeur de la Principauté d'Andorre, pour son aide précieuse dans la préparation de cette contribution. L'auteur est seul responsable de son contenu.

(3) G. Vuillier, « Le Val d'Andorre », *Le Tour du Monde*, 1888, pp. 81-112, plus particulièrement p. 81.

(4) L'accès de l'Andorre par la France était quasiment impossible de novembre à avril. Un guide touristique encore publié en 1955 précise «[que] le col d'Envalira est, en effet, complètement bloqué par les neiges durant 6 mois environ », voy. J. Ferrer, *Font-Romeu et ses environs*, 2^e^ éd., Perpignan, 1955, p. 128.

(5) G. Vuillier, « Le Val d'Andorre », *op. cit.*, p. 81.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

plus de cette introduction un peu pittoresque. Il convient donc d'apporter quelques mots d'explication. C'est M^me^ Jacqueline Lastenouse, qui dirigeait l'unité responsable de la coopération universitaire à la Commission européenne, qui, par son intelligence et savoir-faire, fut à l'origine de nombreux réseaux de coopération universitaire dans le domaine des études européennes et qui, dans les années 1990, m'a mis en contact avec le professeur Blumann. Ce fut le point de départ d'une longue amitié et très fructueuse collaboration. Ainsi, le professeur Blumann a, entre autres, été titulaire de la prestigieuse chaire Marcel Storme à la faculté de droit de l'Université de Gand tandis qu'à l'invitation du professeur Blumann, et ensuite du professeur Fabrice Picod, l'auteur de cette contribution fut à maintes reprises invité à enseigner à Paris II. C'est donc un honneur et un vrai plaisir de pouvoir contribuer au *liber amicorum* de notre cher collègue et ami.

Lors de nos multiples rencontres, nous avons souvent évoqué la complexité des relations de l'Union européenne avec ses voisins proches et, en 2012, le professeur Blumann organisait à Paris II un grand colloque sur les frontières de l'Union (6). Il est vrai que, au sein des rapports de voisinage de l'Union européenne, les relations avec l'Andorre, Saint-Marin, le Liechtenstein et Monaco ne sont généralement pas bien connues, même par les spécialistes des relations extérieures de l'Union. Certes, ces quatre voisins de l'Union ont comme dénominateur commun leur petite dimension territoriale – encore que, sur ce point, l'Andorre, par exemple, est plus de 200 fois plus étendue que Monaco et qu'elle est par ailleurs plus vaste que Malte, aujourd'hui l'un des États membres de l'Union. Les quatre États présentent toutefois des différences majeures. Ceci s'explique principalement par le contexte historique particulier des relations de ces États avec leurs voisins respectifs. Par conséquent, une connaissance de l'histoire de chaque État concerné est indispensable pour comprendre pourquoi ils n'ont pas été absorbés par leur(s) plus grand(s) voisin(s). Le fait que les quatre États de petite dimension territoriale ont pu préserver leur indépendance ou, à tout le moins, un large degré d'indépendance envers leur(s) grand(s) voisin(s) respectifs explique d'ailleurs aussi pourquoi, aujourd'hui, ils ne font pas partie de l'Union européenne et pourquoi ils sont pour cette dernière des « États tiers » à part entière.

Dans cette brève contribution, nous n'avons évidemment ni l'ambition, ni la possibilité de présenter une analyse approfondie des relations entre les micro-États et l'Union européenne (7). Assurément, dans l'univers singulier

(6) Pour les actes du colloque voy. C. Blumann (dir.), *Les frontières de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2013.

(7) Pour une analyse comparative des relations entre les micro-États européens et l'Union européenne, voy. O. Ribas, *La integración en la UE de los microestados históricos europeos en un contexto de globalización*, Barcelona, Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, 2005. Cette étude contient aussi des suggestions pour un cadre institutionnel commun tenant compte des spécificités de ces pays. Nous avons aussi, à deux reprises, tenté de présenter un état des lieux comparatif de ces relations, mais ceci reste toujours une entreprise difficile. Voy. « Les micro-états européens et l'Union européenne : une relation de proximité

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

des États européens de petite dimension territoriale, l'Andorre, par son histoire et son modèle constitutionnel, occupe une place toute particulière (8). Bien que l'histoire de l'Andorre, comme entité autonome, remonte très loin dans le temps, sa personnalité juridique internationale, contrairement à celle d'autres petits États, a pendant longtemps été contestée, particulièrement par la France. Ainsi, le Quai d'Orsay estimait à une époque qu'il lui appartenait, et à lui seul, de représenter l'Andorre au niveau international et de parler en son nom. Les motifs ainsi que la base juridique de ce raisonnement n'ont jamais été parfaitement clairs, mais le fait que le Président de la République française était aussi Coprince de la Principauté a certainement été, pour une large part, à l'origine de cette manière de voir les choses. Toutefois, cette approche, non dépourvue d'une certaine logique, rencontrait aussi un obstacle de taille puisque le Président français n'est pas le seul Chef d'État d'Andorre (9). Depuis son existence, l'Andorre a deux Coprinces et les compétences du Coprince français sont partagées avec celles de l'évêque de la Seu d'Urgell. Inutile d'insister sur le fait que le Coprince épiscopal n'adhérait pas nécessairement à l'interprétation rappelée ci-dessus sur l'exclusivité de la représentation internationale de l'Andorre par la République française (10). La présente contribution n'offre pas un cadre approprié pour entrer dans les controverses qui ont opposé les deux Coprinces. Il est néanmoins intéressant de noter, du point de vue juridique, que l'interprétation retenue par le Ministère des affaires étrangères français a aussi fortement inspiré la jurisprudence française. Afin d'illustrer ce point, il suffit de rappeler un arrêt de la Cour de cassation de 1971 dans lequel cette dernière devait déterminer si, dès lors que la Principauté est un pays étranger, la sentence d'un tribunal andorran ne pouvait, faute d'exequatur, avoir des effets en France. La Cour de cassation rejeta cette interprétation dans les termes suivants : « attendu[…] que si les vallées d'Andorre jouissent de certains privilèges et franchises et ont une organisation judiciaire distincte de celle de la France, elles ne constituent ni un État, ni une personne de droit international ; que l'État français y exerçant les droits qui lui sont dévolus et singulièrement celui de la justice qu'il partage avec l'évêque d'Urgel, les décisions judiciaires qui y sont rendues ne peuvent être considérées comme ayant été

sous tension ? », in *Les dynamiques du droit européen en début du siècle. Études en honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pédone, 2004, pp. 751-775 ; « The Relations between the EU and Andorra, San Marino and Monaco », in A. Dashwood and M. Maresceau (dir.), *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 270-308.

(8) Pour un aperçu de l'histoire de l'Andorre et de ses institutions, voy. l'ouvrage de M. Mateu et F. Luchaire, *La Principauté d'Andorre hier et aujourd'hui*, Paris, Economica, 1999.

(9) Pour une analyse critique de la position française sur la personnalité juridique internationale de l'Andorre, voy. l'étude excellente de N. Marquès, *La reforma de les institucions d'Andorra (1975-1981), Aspectes interns i internacionals*, Lleida, Virgili et Pagès, 1989, pp. 252-271.

(10) Le fait qu'il y avait deux coprinces au lieu d'un est souvent mentionné comme raison principale pourquoi l'Andorre a pu traverser plus de sept siècles d'histoire sans être occupée par ses voisins.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

prononcées au nom d'une souveraineté étrangère » (11). Ces considérants qui, mériteraient un examen plus approfondi, résumaient parfaitement la perception prévalant du côté français concernant le statut « des vallées d'Andorre ». La question de la personnalité juridique de l'Andorre demeura d'ailleurs controversée jusqu'aux premiers contacts exploratoires entre la Principauté et la Communauté européenne (12). Compte tenu toutefois de l'espace disponible dans ces mélanges, nous préférons nous concentrer sur des développements plus récents dans les relations de la Principauté avec l'Union européenne. À cet égard, nous retracerons tout d'abord le cadre juridique actuel des relations bilatérales entre l'Andorre et l'Union (I). Ensuite, les nouvelles initiatives visant au rapprochement de l'Andorre du marché intérieur de l'Union sont brièvement examinées (II), étant entendu que, au moment d'achever ces lignes, les négociations formelles pour l'intégration de la Principauté au marché intérieur n'avaient pas encore débuté et que nul ne peut à ce stade anticiper avec certitude quand cet objectif ambitieux sera atteint.

I. – De l'accord sur l'union douanière à l'accord monétaire

A. – L'accord de 1990

C'est l'adhésion de l'Espagne à la Communauté européenne en 1986 qui est à l'origine de l'établissement des relations bilatérales entre l'Andorre et la Communauté européenne (13). Une déclaration commune au traité d'adhésion de l'Espagne à la Communauté européenne traitait explicitement des échanges entre la Communauté européenne et l'Andorre. Il y était prévu qu'un régime serait mis au point « régissant les relations commerciales entre la Communauté et l'Andorre dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de l'acte d'adhésion et destiné à remplacer les régimes nationaux [...] en vigueur ». Avec cette déclaration s'offrait à l'Andorre une opportunité unique d'entrer en relation directe avec la Communauté, bien que, comme nous l'avons vu plus haut, ceci ne fût pas évident du fait des

(11) Jugement du 6 janvier 1971, *Recueil Dalloz-Sirey*, 338, avec annotation de J.-C. Sacotte.

(12) Pour une analyse particulièrement intéressante de l'évolution de la perception française de la personnalité juridique internationale de l'Andorre et, surtout, de l'apport spécifique du Coprince français, le président Mitterrand, dans l'évolution de cette perception, voy. J.-C. Colliard, « L'État d'Andorre », *AFDI*, 1993, pp. 367-92. Indéniablement, le rôle du président Mitterrand a été crucial dans le développement constitutionnel de la Principauté vers un État de droit moderne.

(13) En 1982, c'est-à-dire bien avant l'adhésion de l'Espagne à la Communauté européenne, le Chef du Gouvernement andorran à l'époque, M. Oscar Ribas, avait déjà plaidé en faveur de contacts exploratoires directs entre l'Andorre et la Communauté européenne afin d'examiner la faisabilité d'un accord bilatéral commercial, voy. déclaration citée dans R. Poy, *El repte. Records d'un cap de Govern d'Andorra*, Andorre, Fundació Julià Reig, 2001, pp. 57-58 ; voy. aussi « Andorra : inquietud por el posible ingreso de España en la Comunidad Europea : Hay interés por tener contactos oficiales con las autoridades comunitarias », *La Vanguardia*, 27 mai 1983.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

incertitudes concernant la capacité juridique internationale de l'Andorre et du manque d'expertise internationale et européenne de la Principauté. De plus, du point de vue du droit interne andorran de l'époque, se posait la question de savoir qui pouvait négocier au nom de l'Andorre avec la Communauté : les deux coprinces ensemble, le représentant de l'un d'eux, le Quai d'Orsay ou encore un ou plusieurs membres du Gouvernement andorran ? Une solution pragmatique fut finalement trouvée sous la forme d'une large délégation andorrane réunissant les composantes mentionnées et présidée par un représentant du Gouvernement, soit le Chef, soit un autre membre du Gouvernement. Les négociations formelles pour le premier accord commercial entre l'Andorre et la Communauté européenne ne débutèrent finalement qu'en 1989, en raison des complexités signalées plus haut. Celles-ci devaient toutefois donner lieu à la conclusion d'un accord bilatéral sous forme d'échange de lettres dès l'année suivante (14). À première vue, la forme choisie pour la conclusion d'un accord d'une telle envergure peut étonner. Elle s'explique cependant par les hésitations sur la capacité externe de l'Andorre qui prévalaient au moment de la négociation de l'accord. Quoi qu'il en soit, au moment de la conclusion de l'accord, la capacité internationale de l'Andorre fut reconnue au moins implicitement par l'autre partie contractante, c'est-à-dire la Communauté économique européenne (CEE), ce qui n'était pas rien au regard du contexte historique. De plus, comme la CEE avait choisi comme base juridique pour la conclusion de l'accord, non seulement l'article 113 du traité CEE (la disposition relative à la politique commerciale), mais aussi l'article 99 (la disposition relative à l'harmonisation des droits d'accises et autres impôts indirects, qui nécessitait l'unanimité des États membres de la Communauté au sein du Conseil), l'Andorre fut ainsi également implicitement reconnue par tous les États membres de la Communauté à l'époque. Cet accord n'était pas seulement l'étape la plus importante franchie par l'Andorre depuis sa création pour ce qui concerne son statut international. Il était aussi fondamental du point de vue de son contenu puisqu'il établissait entre autres une union douanière pour les produits relevant des chapitres 25 à 97 du système harmonisé (15). L'Andorre s'engage, dans le cadre de l'accord, à reprendre les principes et règles en matière de libre circulation des marchandises ainsi que l'acquis communautaire dans le domaine de la politique commerciale, identifié par décision du comité mixte institué dans le cadre de l'accord. En outre, dans une déclaration commune jointe à l'accord, il est précisé que, dans la mesure où l'accord contient des dispositions analogues à celles du Traité CEE, « les représentants des parties contractantes au sein du comité mixte s'engagent à interpréter les premières, dans le champ d[e l']accord, de façon analogue à l'interprétation des secondes dans le commerce interne de la Communauté économique européenne ». Les produits agricoles ne sont pas couverts par les dispositions sur l'union douanière et l'accord prévoit que ces produits

(14) Pour le texte de l'accord, voy. *JO*, L 374/14, 1990.

(15) À part celle avec l'Andorre, l'Union européenne a actuellement une union douanière avec Saint-Marin et la Turquie.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

originaires de la Principauté et importés dans la Communauté sont admis en exemption des droits à l'importation. De plus, un traitement préférentiel est appliqué à l'importation en Andorre de certains tabacs manufacturés dans la Communauté. Enfin, l'accord établit un régime spécial de franchises pour les voyageurs en provenance de l'une des parties.

La gestion de l'accord est assurée par un comité mixte composé de représentants de la Communauté et l'Andorre. Le comité mixte, qui se prononce en commun accord, formule des recommandations et prend des décisions dans les cas prévus par l'accord. À la satisfaction des deux parties, l'accord a généralement bien fonctionné et, jusqu'à ce jour, il continue à régir sans trop de heurts le commerce mutuel entre les deux parties. Certes, il y a eu des divergences quant à l'interprétation de l'accord, plus particulièrement sur la notion de « produits originaires » (tels les madeleines fabriquées en Andorre, les bovins, le mélange de sucres) et, à un certain moment, un problème plus grave s'est posé pour certaines opérations d'exportation de tabac de l'Andorre vers l'Espagne. Ce conflit, qualifié de « guerre du tabac », a, pendant plusieurs mois, profondément affecté les relations bilatérales des deux États. Selon les autorités espagnoles, les opérations d'exportation concernées s'effectuaient ni plus ni moins qu'en violation de l'accord de 1990. Bien que cette approche ait toujours été contestée par l'Andorre du point de vue juridique, le différend n'a été porté devant le comité mixte ni par l'Espagne ni par la Communauté européenne, ni par l'Andorre. Par conséquent, la procédure d'arbitrage prévue dans l'accord n'a pas été suivie et, finalement, une solution pragmatique au problème a été trouvée (16).

L'impact de l'accord en Andorre n'est pas uniquement de nature économique et commerciale, mais aussi de nature constitutionnelle. En effet, cet accord a considérablement contribué à préparer le terrain pour l'adoption, en 1993, d'une constitution écrite – la première dans l'histoire de la Principauté – proclamant entre autres que l'Andorre « est un état de droit, indépendant, démocratique et social » (art. 1). Très vite après la promulgation de la Constitution, les premiers accords ont pu être conclus avec les voisins de l'Andorre. Ainsi, dans le traité trilatéral de bon voisinage, d'amitié et de coopération avec la France et l'Espagne (17), les deux partenaires de l'Andorre reconnaissent formellement la Principauté « comme un État souverain » (art. 1) et établissent avec elle des relations diplomatiques (art. 2). Très vite aussi l'Andorre est devenue membre des Nations Unies, du Conseil de l'Europe et d'autres organisations internationales et elle a ouvert des ambassades, dont une ambassade à Bruxelles auprès de l'UE. Aujourd'hui la personnalité juridique internationale de l'Andorre n'est plus contestée par personne.

(16) Pour plus de détails sur ce conflit, voy. notre étude, « The Relations between the EU and Andorra, San Marino and Monaco », mentionnée à la note 6, pp. 281-282.
(17) *JORF*, 1995, n° 35.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Ultérieurement, l'accord de 1990 a encore été complété en 1997 par un protocole relatif aux questions vétérinaires (18). Dans ce protocole, l'Andorre s'engage à appliquer la réglementation communautaire dans le domaine vétérinaire afin de permettre le maintien des courants traditionnels d'échange d'animaux vivants et de produits animaux entre les deux parties. Bien qu'il s'agisse d'un protocole de nature technique, il porte en réalité aussi les caractéristiques d'un accord d'intégration puisque l'Andorre s'y est engagée à reprendre l'acquis pertinent de l'Union dans la matière couverte concernée. C'est le comité mixte qui a établi la liste de la législation pertinente à incorporer dans la législation andorrane (19).

B. – Les accords de 2004

En 2004, deux autres accords bilatéraux importants ont été signés entre l'Andorre et l'Union européenne. Le plus connu porte sur la fiscalité des revenus de l'épargne. Le deuxième accord vise à approfondir la coopération bilatérale dans un nombre de domaines spécifiques.

1. – L'accord sur la fiscalité de l'épargne

L'Union européenne a adopté la directive 2003/48 du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, afin de garantir une imposition effective des revenus de l'épargne (20). Cette directive prévoit le principe d'un échange automatique d'information entre les autorités des États membres sur l'identité des ressortissants des États membres bénéficiaires de paiements d'intérêt dans un autre État membre que leur État de résidence fiscale. En raison des différences structurelles au sein de l'Union, l'Autriche, le Luxembourg et la Belgique n'étaient pas encore en mesure d'appliquer ce principe et, pendant une période transitoire non définie dans la directive, ces États membres s'engageaient à appliquer une retenue à la source aux revenus de l'épargne concernés. Cependant, l'entrée en vigueur de la directive était conditionnée par la conclusion d'accords bilatéraux avec la Suisse, l'Andorre, Saint-Marin, Monaco et le Liechtenstein, prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive (21). Les cinq accords bilatéraux conclus, dont celui avec l'Andorre, prévoient l'application d'un taux d'imposition égal à celui appliqué par le Luxembourg, l'Autriche et la Belgique (22). C'est dire que la pression de l'Union a été forte sur ces voisins afin qu'ils acceptent au moins des mesures équivalentes à celles prévues par la directive 2003/48. Récemment, l'Union européenne est encore allée plus loin puisque, le 24 mars 2014, le Conseil a

(18) Pour le texte, voy. *JO*, L 148/16, 1997.

(19) Voy. les décisions n° 2/1999 du 22 décembre 1999, *JO*, L 31/84, 2000 ; n° 1/2001 et 2/2003, *JO*, L 33/35, 2002 et *JO*, L 269/28, 2003.

(20) *JO*, L 157/38, 2003.

(21) Art. 17 de la directive. Voy. sur ce point, D. Berlin, *Politique fiscale,* coll. Commentaire Mégret, vol. II, Bruxelles, Institut d'études européennes, 2012, pp. 414-415.

(22) Pour le texte de l'accord avec l'Andorre, voy. *JO*, L 359/32, 2004 et *JO*, L 114/9, 2005.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

adopté la directive 2014/48, modifiant la directive 2003/48 (23) en élargissant son champ d'application. La nouvelle directive vise à combler certaines lacunes constatées dans l'application de la directive de 2004, comme par exemple le fait que certains instruments financiers équivalents à des titres productifs d'intérêts n'étaient pas couverts. Entretemps, des consultations sont en cours entre l'Union européenne et les cinq pays voisins susmentionnés afin d'adapter en conséquence les accords qui ont été signés en 2004. Il est fort probable qu'à l'avenir, ces accords seront encore plus sérieusement affectés par une généralisation de l'application du principe de l'échange automatique d'information au sein de l'Union. En effet, le Luxembourg et l'Autriche (24) sont depuis peu disposés à modifier leur législation sur le secret bancaire et à accepter l'échange automatique d'information. Ceci explique que le Conseil européen des 20 et 21 mars 2014 a pu explicitement demander à la Suisse, au Liechtenstein, à Monaco, à Saint-Marin et à l'Andorre « de s'engager pleinement à mettre en œuvre la nouvelle norme mondiale unique relative à l'échange automatique de renseignements, mise au point par l'OCDE et approuvée par le G20, et à souscrire à l'initiative prévoyant l'adoption rapide de cette nouvelle norme ». Le Conseil européen souhaite même que les négociations avec ces pays puissent être achevées avant la fin de 2014 et que la législation de l'Union soit pleinement alignée sur cette nouvelle norme mondiale. L'on peut donc s'attendre à une pression grandissante de l'Union sur ces voisins afin qu'ils acceptent, eux aussi, le principe de l'échange automatique d'information, ce qui, naturellement, signifierait pour eux un sérieux affaiblissement sinon même la fin du principe du secret bancaire. Après plusieurs réunions techniques, des négociations bilatérales en bonne et due forme, qui s'annoncent compliquées, ont débuté et étaient en cours au moment de finaliser cette contribution (25).

2. – L'accord de coopération

En parallèle à l'accord sur la fiscalité de l'épargne de 2004, un autre accord bilatéral a été signé, établissant une coopération dans différents domaines (environnement, transport, éducation, jeunesse, santé, etc.) (26). Dans le préambule de cet accord, l'Andorre exprime sa volonté « de participer davantage au mouvement d'intégration en cours en Europe » et « d'étendre le champ de ses relations avec l'Union européenne ». Le préambule reconnaît aussi « la situation particulière de l'Andorre dont le territoire est enserré dans l'Union européenne, mais qui n'est pas membre de celle-ci ». L'accord de coopération, par sa large couverture, a un potentiel non négligeable, mais il souffre également de plusieurs déficiences et lacunes. D'une part, l'accord ne dispose pas d'un protocole financier, ce qui limite considérablement les

(23) *JO,* L 111/50, 2014.
(24) La Belgique avait déjà opté pour l'échange automatique d'information.
(25) Dans ce contexte il est utile de rappeler que l'Andorre a signé le 5 novembre 2013 la Convention OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale. Cette convention vise à renforcer la transparence fiscale internationale.
(26) *JO*, L 138/23, 2005.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

possibilités d'actions concrètes visant à sa mise en œuvre, et, d'autre part, son champ d'action se situe principalement en dehors du marché intérieur, alors même que celui-ci reste le noyau dur des activités de l'Union. Certes, une éventuelle extension du champ d'application de l'accord vers les domaines du marché intérieur n'est pas *a priori* exclue, mais elle s'avère compliquée en raison du fait que l'accord n'était pas conçu, ni du point de vue de son contenu, ni du point de vue de son cadre institutionnel, comme un accord d'intégration. Par conséquent, dans la pratique, l'accord de coopération n'a eu qu'un effet très limité et il n'est pas davantage examiné dans cette contribution.

C. – Les accords d'intégration de 2011

Deux autres accords d'intégration conclus entre l'Andorre et l'UE doivent encore être mentionnés. Le premier est un protocole bilatéral à première vue de caractère technique, mais néanmoins d'une certaine importance politique, puisqu'il se situe dans le contexte de mesures de l'Union européenne visant à renforcer la sécurité des citoyens après les attentats terroristes aux États-Unis et en Europe. Le protocole en question étend le champ d'application de l'accord de 1990 aux mesures douanières de sécurité. Ces mesures sont largement inspirées par l'accord comparable déjà conclu entre l'Union européenne et la Suisse (« la règle des 24 heures ») (27) et ont comme objectif de garantir, lors du passage des marchandises aux frontières de l'Union et l'Andorre, un niveau de sécurité équivalent au moyen de mesures fondées sur la législation en vigueur dans l'Union. L'Andorre s'engage à accepter l'acquis pertinent de l'Union, tel que celui-ci a été identifié par le comité mixte (28).

Le deuxième est l'accord monétaire signé le 30 juin 2011 (29). Dans le passé, la Communauté européenne avait déjà conclu des conventions monétaires sur l'utilisation de l'euro avec la Cité du Vatican, Saint-Marin et Monaco. Ces conventions ont maintenant toutes été remplacées par des nouveaux accords monétaires renforçant considérablement l'aspect 'intégration' et élargissant l'acquis pertinent à reprendre (30). Pour ce qui concerne l'Andorre, la situation était différente puisque, contrairement à ce qui s'était passé avec les autres micro-États, l'Andorre n'avait conclu aucune convention monétaire sur l'utilisation de l'euro. Après le remplacement de la peseta et le franc français par l'euro, la Principauté avait décidé d'utiliser *de facto* l'euro. Cette utilisation unilatérale de l'euro était certes une solution pragmatique qui, par la force des choses, s'imposait mais, lors des négociations avec l'Union européenne relatives à l'accord sur la fiscalité de l'épargne, l'Andorre avait proposé d'ouvrir des négociations en vue de conclure un

(27) Accord du 25 juin 2009, *JO*, L 199/1, 2009, et rectificatif, *JO*, L 66/8, 2010.
(28) Pour le texte du protocole, voy. *JO*, L 36/1, 2011.
(29) Pour le texte, voy. *JO*, C 369/1, 2011.
(30) Pour la Cité du Vatican, *JO*, C 28/13, 2010, ; Saint-Marin, *JO*, C 23/14, 2012 ; Monaco, *JO*, C 121/5, 2012.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

accord en bonne et due forme avec l'Union sur l'utilisation de l'euro. En effet, un tel accord offre certains avantages. Tout d'abord, l'euro devient ainsi formellement la monnaie officielle de l'État tiers qui a signé un accord monétaire. Un autre aspect attrayant pour l'État signataire est qu'il obtient le droit d'émettre des pièces de monnaie en euros, évidemment dans les conditions et limites prévues par l'accord. Le mémorandum d'entente signé entre l'Union européenne et l'Andorre à l'occasion de la conclusion de l'accord sur la fiscalité de l'épargne reconnaissait « que la signature de l'accord sur la fiscalité de l'épargne ainsi que l'ouverture de négociations pour un accord monétaire constituent des pas significatifs dans l'approfondissement de la coopération entre la Principauté et l'Union européenne » (31). Toutefois, les contacts exploratoires qui s'ensuivirent s'avérèrent en réalité plus complexes que prévu en raison du souhait de l'Union de saisir l'occasion pour incorporer dans l'accord envisagé une large annexe contenant un nombre considérable d'actes législatifs de l'acquis de l'Union à reprendre par l'Andorre en matière bancaire et financière, ainsi que dans le domaine de la prévention du blanchiment d'argent, de la prévention de la fraude et de la contrefaçon des moyens de paiement, autres que les espèces, et de la communication de données statistiques. Suite aux crises financières et bancaires qui ont sérieusement ébranlé la zone euro, les conditions liées à l'utilisation formelle de l'euro par l'Andorre devenaient ainsi très détaillées et de plus en plus contraignantes, ce qui explique le retard pris dans la conclusion de l'accord monétaire. Cependant, comme nous l'avons observé, les autres micro-États, qui, dans le passé, avaient déjà conclu une convention monétaire, furent également soumis aux exigences de ce dispositif élargi de l'acquis. Ce qui est aussi frappant, c'est que, en matière de règlement de différends, tous les nouveaux accords monétaires prévoient une compétence exclusive de la Cour de justice de l'Union européenne pour régler les litiges entre les parties, pour autant qu'aucune solution au conflit ne puisse être trouvée au sein du comité mixte. Certes, l'acceptation de la compétence exclusive de la Cour ne fut pas évidente. Après tout, la Cour de justice est la plus haute juridiction de l'une des parties, en l'occurrence de l'Union. De plus, l'Union a exigé que la Commission européenne puisse introduire un recours en manquement dans l'hypothèse d'une violation de l'accord par un des États utilisant l'euro, augmentant ainsi encore la sensation d'inégalité entre parties contractantes. De toute façon, l'éventualité d'un contrôle par la Commission et par la Cour de justice de l'action d'un États tiers reste un procédé très exceptionnel dans les relations extérieures bilatérales et il n'y a jusqu'à présent aucun autre précédent allant si loin dans la poursuite de l'homogénéité et de l'application uniforme d'un accord. Il convient de relever, à cet égard, la spécificité d'un accord sur l'utilisation de l'euro, lequel emporte une autorisation formelle pour l'État tiers concerné à utiliser l'euro comme sa propre monnaie officielle.

(31) Voy. point 5 du Mémorandum, *JO*, L 359/47, 2004.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

II. – Vers le marché intérieur

Comme le démontre la première partie de cette contribution, l'Andorre, dans ses relations avec l'Union européenne, a largement su répondre au cas par cas aux défis qui se sont posés à elle. Pour un très petit pays, cette manière d'aborder ses relations avec son très grand voisin s'explique aisément, car elle permet une approche la plus pragmatique possible et probablement aussi la plus efficace possible. Ceci dit, graduellement, mais sûrement, une autre orientation a vu le jour, dans laquelle l'Andorre se dirige de manière plus structurée vers le marché intérieur de l'Union européenne. Cette orientation nouvelle ne remplace pas le modèle pragmatique, mais vient s'ajouter à celui-ci. La mise en place, par l'Andorre, d'une stratégie orientée vers le marché intérieur de l'Union n'a en soi rien d'étonnant. Forcément, les pays non-membres de l'Union et *a fortiori* les voisins de cette dernière sont obligés de vivre avec le grand marché intérieur qui existe à côté d'eux et, qu'ils le veuillent ou non, ils sont obligés de suivre de près son évolution puisque les effets du marché intérieur se font vite ressentir au-delà des frontières de l'Union et, en premier lieu, auprès de ses voisins les plus proches. Il n'est donc pas étonnant que, dans cette configuration des relations de proximité de l'Union, l'on puisse constater une tendance évidente vers la convergence de la législation des pays voisins de l'Union à l'acquis du marché intérieur. Certes, cette tendance est la plus prononcée dans le contexte de l'Espace Économique européen (EEE). L'EEE étend les quatre libertés de circulation (marchandises, personnes, services et capitaux) et les règles de concurrence de l'Union aux pays de l'Association européenne de libre-échange (AELE) qui ont ratifié l'accord EEE. De plus, l'accord EEE inclut encore certaines politiques horizontales considérées comme indispensables à sa mise en œuvre ainsi que certaines politiques d'accompagnement (« flanking policies ») (32). Toutefois, tout naturellement, aussi pour des États voisins qui ne font pas partie de l'EEE, l'acquis du marché intérieur devient un important point de référence de la politique législative de ces pays. Une convergence totale ou partielle avec certains aspects de l'acquis du marché intérieur ainsi réalisée prend plusieurs formes et se présente sous différentes modalités. Soit par des mesures unilatérales, soit par des accords bilatéraux ou multilatéraux, soit encore par une combinaison de plusieurs de ces approches, une convergence peut se mettre en place. L'Andorre ne fait pas exception à cette tendance générale et c'est en 2008, sous le Gouvernement de M. Pintat, que M^me^ M. Mateu, ministre des Affaires étrangères a pris l'initiative de faire préparer par un groupe d'experts une étude sur la faisabilité d'une approche structurée vers le marché intérieur. Le rapport de ce groupe, basé sur une analyse pluridisciplinaire incluant aussi bien les aspects économiques et politiques que juridiques, fut publié en 2009, les experts se prononçant en faveur d'une intégration progressive de la

(32) Ne font pas partie de l'acquis EEE, certaines politiques, comme entre autres, la politique étrangère et de sécurité commune ou la fiscalité directe et indirecte.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Principauté au marché intérieur (33). Depuis, les gouvernements andorrans qui se sont succédé, celui de M. Bartumeu et de M. Martí, ont continué à œuvrer dans cette direction et ont affiné les détails de la stratégie à suivre. Même si des hésitations persistent ici et là, il semble qu'aujourd'hui un large consensus politique est en train de se dessiner en Andorre sur le principe même du rapprochement au marché intérieur, réunissant tous les partis représentés au Conseil général (le Parlement), ce qui n'était pas évident au moment où l'idée fut lancée, une évolution qui témoigne de la maturité et du sens profond de responsabilité de la classe politique andorrane (34). Dans ce qui suit les initiatives andorranes en faveur de cette nouvelle stratégie sont brièvement abordées mais le reste de notre contribution se concentrera principalement sur les réactions de l'Union européenne à ces initiatives.

A. – Les initiatives andorranes

Après la publication du rapport de 2009 sur l'intégration au marché intérieur, le Gouvernement andorran a rapidement réagi avec une stratégie proactive pour l'approfondissement de ses relations avec l'Union européenne. En optant pour une orientation progressive et structurée vers le marché intérieur, il suit les grandes lignes tracées dans le rapport. Le Gouvernement a ainsi envoyé le 25 mars 2010, à l'attention de la présidence espagnole (du 1 janvier au 30 juin 2010), une note expliquant ces nouvelles options dans le domaine des relations avec l'Union européenne. Ce document constitue probablement la première communication officielle andorrane destinée aux instances de l'Union et exprimant sa volonté politique de s'engager sur la voie de l'intégration au marché intérieur. La note examine à cet égard les différentes formules de rapprochement possibles et distingue plusieurs situations de convergence : celle qui peut être réalisée à court terme sans obstacle majeur (par exemple dans le domaine de la politique de transport ou de l'environnement) ; celle pour laquelle il n'y a pas d'obstacles majeurs, mais où la législation nationale est peu développée (par ex. la protection des consommateurs, la propriété intellectuelle, la politique de la concurrence) ; enfin, celle qui est plus difficile à réaliser (par exemple la libre circulation des personnes, la libre circulation des capitaux, le droit d'établissement et la libre prestation des services). Dans une autre note, datée du 5 mai 2010, le Gouvernement confirme à nouveau son objectif à long terme visant à l'intégration de l'Andorre au marché intérieur, mais insiste davantage sur la nécessité d'une approche *ad hoc* de certains aspects sensibles comme la libre circulation et l'établissement. Logiquement, les documents les plus élaborés sont les plus récents, car ils prennent déjà en compte certaines réactions

(33) Voy. J.-C. Berthélemy, J. Llimona et M. Maresceau, *Andorre – Union européenne. Vers le marché intérieur,* Andorre, Govern d'Andorra, Ministeri d'Afers Exteriors, 2009.

(34) Par ex., le Chef du Gouvernement a réuni le 3 février 2014 les anciens Chefs de Gouvernement afin de les informer de l'état des lieux des relations entre l'Andorre et l'Union européenne et de connaître leur opinion sur le futur mandat de négociation d'un accord d'association. Voir Communiqué de presse du Gouvernement d'Andorre, 3 février 2014, *Martí es reuneix amb els antics caps de Govern per tractar diferents qüestions d'actualitat.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'Union européenne aux propositions andorranes. Surtout les mémorandums du 11 octobre 2011 et du 17 juillet 2013 méritent d'être mentionnés. Le premier met l'accent sur le travail déjà accompli sur le plan interne andorran, suite à des initiatives unilatérales ou suite aux accords conclus avec l'Union (comme l'accord monétaire), l'accès au marché intérieur et les particularités à prendre en compte résultant de la spécificité andorrane comme très petit État. Le mémorandum prête aussi une attention particulière au cadre institutionnel du futur accord et prend résolument comme source d'inspiration l'expérience de l'Espace Économique Européen (EEE) préconisant une structure institutionnelle équivalente à celle de l'EEE. Pour ce qui concerne l'accès progressif au marché intérieur, le mémorandum souligne les initiatives qui ont déjà vu le jour ou qui sont en préparation (par exemple dans le domaine fiscal ou dans le cadre de l'accord monétaire). Le mémorandum contient encore, en annexe, une liste non-exhaustive de questions sensibles pour l'Andorre. Le plus récent mémorandum du Gouvernement dans le domaine du marché intérieur est celui du 17 juillet 2013. Celui-ci vise avant tout à affiner plusieurs aspects déjà traités dans le mémorandum précédent et à préciser le cadre juridique. Pour ce qui concerne ce dernier aspect, le Gouvernement propose soit la participation à l'EEE, soit un ou plusieurs accords-cadres d'association utilisant la structure institutionnelle de l'EEE.

À part les notes et mémorandums transmis aux instances de l'Union européenne que nous venons de mentionner, l'Andorre déploie une intense activité diplomatique et politique, aussi bien au plus haut niveau politique (35) que par le biais de son ambassade à Bruxelles. De plus, dans le cadre du rapprochement de l'Andorre au marché intérieur de l'Union européenne, un nombre important de réunions exploratoires et techniques avec des délégations de l'Union soit à Bruxelles, soit en Andorre ont eu lieu ou sont encore envisagée. L'Andorre, comme les autres pays concernés, a aussi fourni des réponses à un questionnaire détaillé de la Commission sur sa législation et sa capacité administrative. Évidemment, pour un pays comme l'Andorre, les contacts bilatéraux avec la France et l'Espagne sont également essentiels. Enfin, l'Andorre maintient des contacts rapprochés avec les autres petits États Saint-Marin et Monaco qui, comme l'Andorre, ont exprimé le désir de s'orienter vers le marché intérieur, même si parfois cette orientation contient des accents différents. Il va de soi que l'expérience du Liechtenstein, qui se trouve déjà dans l'EEE et qui, de plus, s'intègre de façon exemplaire au marché intérieur, est également très précieuse pour l'Andorre. Nous reviendrons encore sur certains de ces aspects dans la dernière partie de cette contribution, consacrée à la réponse de l'Union européenne.

(35) Par ex. M. Martí, Chef du Gouvernement andorran, a rencontré M. Van Rompuy, Président du Conseil européen et M. Barroso, Président de la Commission européenne, le 30 janvier 2014, pour s'entretenir de l'avenir des relations entre l'Andorre et l'Union européenne.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

B. – Les réponses de l'Union européenne aux initiatives andorranes

L'Union européenne a, à plusieurs reprises, reconnu la spécificité des petits États européens. Il suffit de rappeler les travaux préparatoires de la Constitution pour l'Europe, où l'idée avait été lancée d'inclure une disposition spécifique sur les relations entre l'Union et les pays de son voisinage. Avant que cette disposition devienne l'article I-57 du projet sur la Constitution, le Gouvernement andorran avait fortement insisté auprès des États voisins et auprès la Présidence italienne afin que soit introduite une référence explicite aux relations de voisinage avec les très petits États. Finalement, la Constitution reconnut cette spécificité dans une déclaration relative à l'article I-57, stipulant que «[l']Union prendra en compte la situation particulière des pays de petite dimension territoriale entretenant avec elle des relations spécifiques de proximité ». Ultérieurement, dans le Traité sur l'Union européenne, tel qu'il résulte du Traité de Lisbonne, l'article I-57 de la Constitution est devenu l'article 8 et la déclaration sur les relations avec « les pays de petite dimension territoriale » a été, comme telle, maintenue.

Dès que l'Andorre a manifesté la volonté de s'intégrer au marché intérieur, des signes encourageants ont pu être observés du côté de l'Union européenne. Une des premières indications dans ce sens fut une référence aux États de petite dimension territoriale dans les Conclusions du Conseil du 14 décembre 2010 sur les relations entre l'Union et les pays de l'AELE. Après avoir loué les bons résultats de l'intégration progressive des économies des pays de l'AELE dans le marché intérieur de l'Union, grâce à l'EEE, les Conclusions rappelaient «[qu']il conviendrait de réaliser également un bilan similaire des relations entre l'UE et les pays européens de petite dimension territoriale, en particulier la Principauté d'Andorre, la Principauté de Monaco et la République de Saint-Marin » et que «[c]es pays entretiennent avec l'UE des relations importantes, mais fragmentées, de vastes pans de l'acquis relatif au marché intérieur n'ayant pas été repris dans leur législation et n'étant donc pas applicables ». Un pas décisif dans l'officialisation du processus de rapprochement vers le marché intérieur fut initié par la Présidence hongroise avec un rapport au Conseil de l'UE du 14 juin 2011. Dans ce rapport, le Conseil constatait l'intérêt manifesté par les micro-États afin de renforcer leurs liens avec l'Union européenne et invitait explicitement le Service européen d'action extérieure et la Commission européenne à poursuivre la réflexion sur l'approfondissement des relations mutuelles en vue « de mettre en place, pour les relations avec ces pays, un nouveau cadre institutionnel qui tienne compte de l'importance d'une approche cohérente à l'égard des trois pays, tout en respectant les particularités de chacun d'entre eux, conformément à la déclaration de l'Union relative à l'article 8 du TUE » (36). Le rapport précisait encore qu'une attention particulière devait être accordée « à l'impact institutionnel, politique et économique d'un

(36) Doc. 11466/11.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

éventuel nouveau cadre de relations, compte tenu notamment de la nécessité d'assurer l'intégrité du marché intérieur ».

Une étape suivante est la Communication de la Commission du 20 novembre 2012 sur les options envisageables en vue d'une intégration plus poussée à l'Union européenne (37). Dans ce document, la Commission examine pour la première fois, une par une, les diverses options en tenant compte des particularités des pays de petite dimension territoriale et distingue cinq façons différentes d'intégration : le *status quo,* l'approche sectorielle, l'accord-cadre d'association, la participation à l'EEE et l'adhésion à l'UE. D'emblée, les deux premières options sont écartées comme étant trop restreintes, comportant trop d'inconvénients de nature pratique et présentant trop de problèmes du point de vue de la sécurité juridique. Une multiplication de nombreux accords sectoriels avec un champ d'application limité créerait inévitablement, selon la Commission, des structures de gestion « d'un degré de complexité ingérable ». La dernière option mentionnée, prévoyant l'adhésion à l'Union européenne, n'est pas formellement exclue par la Commission, ce qui serait d'ailleurs difficile à motiver politiquement et juridiquement puisque l'article 49 du Traité sur l'UE n'exclut pas et ne peut exclure de l'adhésion à l'Union *a priori* des États européens qui respectent les valeurs de l'Union et s'engagent à les promouvoir pour le simple fait qu'ils sont trop petits. Toutefois, la Commission n'est pas favorable à une demande d'adhésion par ces États car une telle demande poserait nécessairement de sérieuses difficultés, notamment d'ordre institutionnel. Dans l'hypothèse d'une adhésion à l'Union européenne, la question de la représentation démocratique et du fonctionnement des institutions poserait problème. De surcroît, la capacité administrative limitée de ces pays est perçue comme une difficulté majeure. L'adhésion à l'Union européenne n'est par conséquent pas retenue comme une option réaliste par la Commission. Restent encore l'option d'un accord-cadre d'association et celle d'une participation à l'EEE. Pour ce qui concerne l'accord-cadre, la Commission considère cette option comme « viable » puisqu'elle permet « un haut degré d'intégration, y compris un accès partiel ou intégral au marché intérieur, aux mesures d'accompagnement et aux politiques horizontales de l'UE ». L'association ainsi réalisée, toujours selon la Commission, pourrait prendre la forme d'un accord multilatéral entre l'Union et plusieurs États de petite dimension territoriale, « éventuellement en prenant pour modèle l'Espace économique européen ». La Commission voit aussi la conclusion d'un accord bilatéral avec chaque pays concerné comme étant « théoriquement envisageable mais non souhaitable ». La préférence de la Commission va clairement vers un accord multilatéral, car l'autre alternative rend le processus plus complexe et « la différentiation ne répond à aucune nécessité ». Quant au cadre institutionnel, la Commission préconise « une solution qui s'appuie sur la crédibilité et

(37) Voy. *COM* (2012) 680 final. Cette communication était accompagnée d'un document de travail des services de la Commission examinant les obstacles à l'accès de l'Andorre, de Monaco et de Saint-Marin au marché intérieur de l'UE et à la coopération dans d'autres domaines, voy. SWD (2012) 388 final.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'efficacité de structures existantes, pour autant qu'elle soit faisable ». Les structures de l'Union elle-même, les structures et mécanismes de décision de l'EEE ou encore une autorité supranationale indépendante peuvent être envisagées (38). Quel que soit le choix, il est essentiel que l'application de l'acquis pertinent repris par les parties contractantes de l'Union soit garantie. Il est donc absolument indispensable d'assurer l'application correcte de cet acquis, ce qui suppose, si nécessaire, un contrôle de cette application. Enfin, l'intégration complète des petits États dans l'EEE est sans doute une option comportant de grands avantages, car elle permet l'intégration de ces pays dans une structure qui a déjà fait ses preuves et ceci aussi bien au niveau de la reprise et de l'application de l'acquis pertinent qu'au niveau de la gestion institutionnelle de cette intégration. De plus, le Liechtenstein fait partie de l'EEE et y participe déjà pleinement au marché intérieur, en suivant un parcours presque exemplaire avec un petit nombre de dérogations. Il est par conséquent plus que naturel que certains petits États et, plus particulièrement, l'Andorre, s'inspirent de cette expérience enrichissante. Malheureusement, la participation à l'EEE présente aussi quelques épineux obstacles dont l'un des plus importants se trouve à l'article 128 de l'accord EEE. En effet, cette disposition prévoit que l'adhésion à l'EEE présuppose soit l'adhésion à l'UE, soit l'adhésion à AELE. Nous avons déjà évoqué la très difficile hypothèse de l'adhésion à l'UE, mais aussi la participation à l'EEE, *via* l'adhésion à l'AELE, est loin d'être évidente. Actuellement, un élargissement de l'AELE n'est pas à l'agenda des États membres de l'AELE et il n'est pas certain que ses membres, et plus particulièrement la Norvège, soient favorables à celui-ci. Si, sur papier, l'intégration de l'EEE paraît l'évidence même, en réalité il s'avère que cette option n'est pas facile à réaliser.

Quoi qu'il en soit, et il est difficile d'anticiper ce qui va se passer sur le terrain des négociations, il y a un certain nombre de conditions qui doivent être remplies afin de pouvoir intégrer le marché intérieur. La Commission souligne que tout accord doit « aborder quatre questions horizontales ayant trait : i) à l'adaptation dynamique de l'accord à l'évolution de l'acquis, ii) à l'interprétation uniforme des accords, iii) à la surveillance indépendante et à l'exécution des décisions de justice, iv) et au règlement des différends ». De toute façon, même si la participation à l'EEE est, à première vue, difficilement réalisable, l'expérience fructueuse de l'accord EEE reste naturellement valable pour les petits États, et plus particulièrement pour l'Andorre. Enfin, comme le rappelle encore la Commission, il est nécessaire que l'Union européenne prenne en compte « les particularités et l'identité propre des pays de petite dimension territoriale, conformément à la déclaration ad article 8 du TUE ». D'ailleurs, vu ces particularités, « il pourrait être nécessaire de proposer aux pays de petite dimension territoriale des périodes de transition et/ou des clauses de sauvegarde ».

La Communication de la Commission du 20 novembre 2012 constitue sans doute un document important en ce qu'il présente pour la première fois

(38) Voy. point 43 de la Communication.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

un aperçu global et assez complet des modèles de relations possibles entre l'Union européenne et les États de petite dimension territoriale. Elle a aussi été accueillie favorablement par le Conseil, qui a retenu comme options possibles la participation à l'EEE ou la négociation d'un ou de plusieurs accords-cadres d'association avec ces pays « en vue de leur donner accès au marché intérieur, aux mesures d'accompagnement et aux politiques horizontales de l'UE, y compris de mécanismes institutionnels sur le modèle de l'accord sur l'Espace économique européen ». Comme l'on pouvait s'y attendre, le Conseil insiste sur la nécessité de « veiller à l'homogénéité et au bon fonctionnement du marché intérieur, tout en tenant compte des spécificités des trois pays en question, ainsi que [...] [de] l'importance que revêt la mise en place d'une approche cohérente à l'égard de chacun de ces pays » (39). Depuis, en 2013 et 2014, des consultations formelles et informelles sur la faisabilité des options retenues ont eu lieu entre les services compétents de l'Union européenne et les pays concernés, afin de préparer le mandat de négociation et, le 18 novembre 2013, la Commission a fait un rapport sur les progrès accomplis (40). Pour ce qui concerne l'option « participation à l'EEE », la Commission fait état des difficultés potentielles comme l'adhésion à l'AELE et de « certains inconvénients supplémentaires ». La Commission cite entre autres le fait que les pays de l'AELE agissent sur la base d'une position commune dans le cadre des institutions de l'EEE et qu'il est plus facile d'arriver à une telle position à trois qu'avec un plus grand nombre de pays. Il s'ensuit, selon la Commission, que le processus décisionnel au sein de l'EEE pourrait devenir plus compliqué. De plus, l'ensemble des États de petite dimension territoriale ne souhaite pas nécessairement une participation à l'EEE. Certes, l'Andorre s'est prononcée favorablement, mais Monaco, pour sa part, semble avoir écarté cette option.

Après avoir pris connaissance du rapport de la Commission, le Conseil a tiré ses conclusions les 16 et 17 décembre 2013 (41). Ces conclusions constituent le dernier document à mentionner dans notre contribution. Le Conseil réitère l'objectif d'une association plus étroite avec les trois pays concernés et, sur la base du rapport de la Commission du 18 novembre 2013, se prononce clairement en faveur d'une négociation d'un ou de plusieurs accords d'association dont « le champ d'application et le contenu [...] devraient répondre aux exigences de l'UE et, dans le même temps, prendre en compte la situation particulière de chacun des trois pays, conformément à la déclaration concernant l'article 8 du TUE ». Le Conseil ne mentionne plus la participation à l'EEE comme une option possible, mais ne la rejette pas explicitement non plus. De toute façon, selon le Conseil, le futur accord (ou les futurs accords) doit (doivent) reposer sur les valeurs fondamentales de l'Union et « comporter des dispositions institutionnelles générales concernant leur adaptation dynamique à l'évolution de l'acquis de l'UE, ainsi que

(39) Conclusions du Conseil du 20 décembre 2012.
(40) Voy. *COM*(2013) 793 final.
(41) Doc. 17856/13. Pour te texte de ces conclusions, voy. Groupe « AELE », 6 décembre 2013, doc. 16075/13.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

des mécanismes pour le règlement des différends et pour la surveillance indépendante et l'exécution des décisions de justice, afin de garantir la sécurité juridique de même que l'homogénéité et le bon fonctionnement du marché intérieur ».

Conclusion

Le chemin parcouru par la Principauté d'Andorre dans ce dernier quart de siècle est impressionnant. Il y a moins de vingt-cinq ans, la capacité internationale de l'Andorre était loin d'être assurée. Aujourd'hui, elle est solidement établie au niveau international et européen. Il est indéniable que, dans le désenclavement de l'Andorre, l'Union européenne a joué un rôle clé. L'Andorre a pu bénéficier d'un concours de circonstances singulièrement heureux quand, suite à l'adhésion de l'Espagne à la Communauté européenne, elle fut invitée à négocier un accord bilatéral avec cette dernière. Le très ambitieux accord conclu en 1990 fut, pour la Principauté, le point de départ incontestable d'une ère nouvelle. Si, d'une part, l'Union européenne devenait, pour ainsi dire, et ceci sans doute sans le vouloir et sans toujours s'en rendre compte, un allié objectif de la modernisation de la Principauté aussi bien au niveau interne qu'externe, d'autre part, elle devenait aussi parfois un interlocuteur très exigeant. Vu la réalité du rapport de forces entre partenaires sur le terrain, cet état de fait est inévitable. En effet, là où l'Union européenne souhaite absolument obtenir de ses voisins, et plus particulièrement des plus petits, certains résultats et certaines concessions, elle ne se prive pas d'imposer sa vision des choses, éventuellement par le biais d'accords bilatéraux, lorsqu'elle le juge opportun, comme le démontre l'exemple dans le domaine de la fiscalité de l'épargne et probablement dans l'avenir aussi pour ce qui concerne l'échange automatique d'information. La difficulté que l'on rencontre dans l'utilisation par l'Union de ce procédé concerne non seulement le principe même de tels accords, mais aussi leur dosage : jusqu'où l'Union peut-elle aller et que peut-elle ou veut-elle offrir en contrepartie ? Certes, pour elle il existe une ligne rouge à ne pas dépasser et qui pourrait être résumée comme suit : en fin de compte, l'Union n'a pas intérêt à inciter les pays de petite dimension territoriale à demander l'adhésion à l'Union. Ceci compliquerait considérablement la vie à l'Union et explique peut-être aussi, au moins en partie, pourquoi l'Union est ouverte à des types de coopérations renforcées pour autant que celles-ci n'affectent pas négativement l'application et le développement de l'acquis de l'Union. Au moment où nous terminons la rédaction de cette contribution, le mandat de négociation en vue de la conclusion d'un ou plusieurs accords d'association établissant la participation des États de petite dimension territoriale au marché intérieur était sur le point d'être donné par le Conseil. Les prochaines négociations, qui s'annoncent très importantes, montreront aussi dans quelle mesure l'Union est disposée à prendre en compte la spécificité de ces pays. Après le grand accord de 1990, l'Andorre se trouve ainsi, de nouveau, à un vrai tournant de son histoire.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La Principauté d'Andorre et l'Union européenne : une relation de proximité particulière
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

QUELQUES RÉFLEXIONS SUR L'APPLICATION DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE ET LE PRINCIPE D'ATTRIBUTION

Eleftheria NEFRAMI

Professeur à l'Université du Luxembourg

Selon le Professeur Blumann, la question des droits de l'homme se prête mal à la théorie des compétences (1). En effet, en dehors de sa considération dans le cadre de l'action extérieure de l'Union, où la promotion de la protection des droits de l'homme sur le plan international peut être considérée comme un objectif transversal des politiques externes, au sein de l'ordre juridique de l'Union, la protection des droits fondamentaux ne constitue pas de titre de compétence autonome au profit de l'Union. Il suffit de rappeler l'article 6 du traité sur l'Union européenne (TUE), stipulant que « les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies par les traités », ainsi que l'article 51, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux, qui prévoit que celle-ci « n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités ». Ainsi, l'application de la Charte s'inscrit dans les limites du principe d'attribution.

Cependant, si la Charte des droits fondamentaux ne constitue pas de nouvelle attribution de compétence, son lien avec le principe d'attribution confirme le caractère central dudit principe dans le débat sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union (2). Il résulte en effet de la jurisprudence de

(1) Cl. Blumann, « Les compétences de l'Union européenne en matière des droits de l'homme », *R.A.E.,* nº 1/2006, p. 12.

(2) Dans son avis relatif à l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de justice a considéré que le mécanisme du codéfendeur pourrait conduire à l'interférence du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme avec la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, ce qui a été un des arguments à l'encontre du projet d'accord d'adhésion, au nom de la préservation des caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit. Voy. C.J.U.E. (assemblée plénière), avis 2/13, du 18 décembre 2014, pts 215-235. Parmi les commentaires, déjà nombreux, voy. E. Dubout, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *C.D.E.*, 1/2015, p. 84 ; D. Halberstam, « "It's the Autonomy, Stupid !" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward », *German Law Journal,* 2015, p. 126 ; J-P. Jacque, « Pride and/or Prejudice ? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice », *C.D.E.,* 1/2015, p. 29 ; H. Labayle, F. Sudre, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion dé-

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

la Cour de justice que la fonction de la Charte des droits fondamentaux dépasse le niveau de légitimation pour embrasser celui de régulation de l'exercice des compétences et de l'interaction des ordres juridiques. L'application ou la non-application de la Charte n'équivaut pas à la protection ou non des droits fondamentaux, mais à la délimitation du niveau européen ou national de garantie. Le lien entre la Charte et le principe d'attribution a pour conséquence que les dispositions de la Charte ne sauraient être vues en dehors du rapport des compétences qu'elles sont censées réguler, ne constituent pas de normes autonomes exprimant un rapport objectif/compétence au-delà du conflit constitutionnel entre l'objectif d'application efficace du droit de l'Union et la préservation des standards nationaux de protection des droits fondamentaux. La Charte comme instrument normatif a ainsi une fonction qui ne peut être conçue que dans le contexte du principe d'attribution, se distinguant de la fonction légitimatrice de ses dispositions substantielles (3).

L'insertion de la fonction de la Charte dans la problématique du principe d'attribution s'exprime à deux niveaux.

D'une part, le premier paragraphe de l'article 51 de la Charte dispose que celle-ci s'adresse « aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives ». Il s'agit d'une conception stricte du principe d'attribution qui soulève la question de savoir si l'encadrement de l'action étatique au-delà du transfert des compétences peut se fonder, non seulement sur l'objectif d'efficacité du droit de l'Union, mais également sur l'objectif de protection des droits fondamentaux (4). Or, c'est par l'interprétation du critère de mise en œuvre que la Cour de justice désigne les contours de l'application de la Charte. La considération du principe d'attribution acquiert un intérêt particulier, lorsque la Cour constitutionnelle

---

funte ? », *R.F.D.A.,* 1/2015, p. 7 ; F. Picod, « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH », *JCP, (éd. G)*, 9 février 2015, p. 234.

(3) Il convient de mentionner à cet égard le débat relatif à « l'exportation » de la Charte au sein de l'Espace économique européen (EEE). Voy. H.H. Fredriksen, Ch. Franklin, « Of Pragmatism and Principles : The EEA Agreement 20 Years On », *C.M.L.Rev,* vol. 52, 3, p. 629. L'application des normes du marché intérieur aux pays de l'Association européenne de libre échange (AELE) parties à l'accord EEE, et par le biais de cet accord, est suivie de la protection des droits fondamentaux au rang des principes généraux. Or, cette protection avancée par la Cour AELE est fondée sur les règles protectrices des droits fondamentaux communes aux pays AELE et découlant notamment de la CEDH. L'insertion de la Charte au sein de l'accord EEE n'aurait pas, à notre avis, de valeur ajoutée, et surtout, sa fonction de régulation de l'exercice des compétences et de l'interaction des ordres juridiques serait incompatible avec les caractéristiques de l'ordre juridique de l'EEE, au sein duquel aucun transfert des compétences n'a lieu.

(4) E. Dubout, « L'objectif de protection des droits fondamentaux et la répartition des compétences dans l'Union européenne : la confrontation des logiques constitutionnelles », in E. Neframi (dir), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 369.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

fédérale allemande suggère que la Cour de justice aurait pu agir *ultra vires* en acceptant, dans l'arrêt *Akerberg Fransson* (5), que les sanctions nationales imposées au profit du droit de l'Union mais inscrites dans le cadre de l'exercice d'une compétence étatique relèvent du champ d'application de la Charte (6). Il ne s'agit pas de reprocher à l'Union d'en faire trop dans le domaine de protection des droits fondamentaux, mais de mettre en question la fonction de la Charte dans le cadre du principe d'attribution et du rapport des ordres. Cependant, la conception large du critère de mise en œuvre, s'il affecte l'imputabilité dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, ne confirme pas moins par son existence et sa portée la stricte application du principe d'attribution (I).

D'autre part, l'inscription de la Charte dans le cadre du principe d'attribution s'exprime par l'article 53 de la Charte, qui concerne le niveau de protection. « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ». Comme le souligne le Juge Von Danwitz dans sa contribution au présent volume (7), la préservation du niveau de protection nationale n'a de sens que dans le champ d'application des compétences étatiques, il s'agit d'une clause de non-incidence qui vise à préserver l'autonomie des ordres juridiques respectifs et non une clause de garantie du niveau de protection le plus élevé. Cette approche acquiert une signification particulière au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, malgré l'existence d'une clause comparable dans la CEDH (également art. 53). En effet, dans l'Union européenne, les droits fondamentaux peuvent être couverts par l'action législative de l'Union et être associés à la réalisation d'un objectif sectoriel à la base de la compétence matérielle. En outre, dans le domaine d'application de la Charte, les droits fondamentaux ne sont garantis par les États membres que dans le respect des compétences procédurales et les modalités prévues par les traités. Dans les deux cas, le niveau de protection est absorbé par la compétence de l'Union dans les limites du principe d'attribution et, ainsi, l'application effective des dispositions européennes confirme la lecture de l'article 53 de la Charte à la lumière du principe d'attribution (II).

(5) C.J.U.E., 23 février 2013, *Aklagaren c. Akerberg Fransson,* aff. C-617/10.

(6) Décision du 24 avril 2013, 1 BvR 1215/07. Pour un commentaire, voy. D. Thym, « Separation versus Fusion or : How to Accommodate National Autonomy and the Charter ? Diverging Visions of the Constitutional Court and the European Court of Justice », *E.C.L.R.,* 2013, p. 391.

(7) Voy, *infra,* « L'autonomie du droit de l'Union et la mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », p. 509.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

I. – L'APPLICATION DE LA CHARTE TRIBUTAIRE DU PRINCIPE D'ATTRIBUTION

Le champ d'application du droit de l'Union ne correspond pas toujours à l'étendue des compétences exercées par l'Union. Très tôt dans la jurisprudence de la Cour de justice, l'exercice des compétences réservées des États membres a été encadré par l'obligation de respect du droit de l'Union conformément au principe de loyauté (8). En ce sens, le champ d'application du droit de l'Union couvre l'exercice d'une compétence réservée de l'État membre, indépendamment de l'exercice de cette compétence au profit ou non de la mise en œuvre du droit de l'Union. Certes, la soumission de l'application de la Charte au critère de mise en œuvre du droit de l'Union implique que l'action étatique ne tombe pas sous le champ d'application de la Charte à chaque fois qu'elle heurte un droit fondamental (9). L'extension du champ d'application du droit de l'Union ne provient pas de la Charte, mais elle est la conséquence de l'établissement d'un conflit, réel ou potentiel, entre l'action étatique et une norme européenne issue des traités ou de l'exercice d'une compétence attribuée (10). Dans ces cas, si l'encadrement de l'action étatique peut être contesté au regard du principe d'attribution (11), il est pour autant la conséquence de l'application du principe de primauté, lui-même fondé sur l'obligation conventionnelle de loyauté, même si ledit encadrement se traduit dans l'intervention du législateur de l'Union (12).

(8) 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*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 341.

(9) Selon la formule utilisée par la Cour de justice, « lorsqu'une situation juridique ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour n'est pas compétente pour en connaître et les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, à elles seules, fonder cette compétence ». Voy., pour une illustration dans la jurisprudence récente, C.J.U.E., 8 mai 2014, *Pelckmans Turnhout*, aff. C-483/12, pt 20 ; C.J.U.E., (ord.), 17 juillet 2014, *Yumer*, aff. C-505/13, pt 26 ; C.J.U.E. (ord.), 25 septembre 2014, *János Kárász*, aff. C-199/14, pt 16.

(10) Dans l'affaire *Schumacker*, la Cour de justice a considéré que, « si, en l'état actuel du droit communautaire, la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle du domaine de la compétence de la Communauté, il n'en reste pas moins que les États membres doivent exercer leurs compétences retenues dans le respect du droit communautaire », C.J.C.E., 14 février 1995, *Schumacker*, aff. C-279/93, pt 21. Dans l'affaire *Rottman*, il est affirmé que « le fait qu'une matière ressortit à la compétence des États membres n'empêche pas que, dans des situations relevant du droit de l'Union, les règles nationales concernées doivent respecter ce dernier », pour constater qu'il est manifeste « que la situation d'un citoyen de l'Union qui, tel le requérant au principal, est confronté à une décision de retrait de la naturalisation adoptée par les autorités d'un État membre le plaçant, après qu'il a perdu la nationalité d'un autre État membre qu'il possédait à l'origine, dans une situation susceptible d'entraîner la perte du statut conféré par l'art. 17 CE et des droits y attachés relève, par sa nature et ses conséquences, du droit de l'Union », C.J.U.E., 2 mars 2010, *Rottman*, aff. C-135/08, pts 41 et 42.

(11) K. Lenaerts, « Federalism and the Rule of Law : Perspectives from the European Court of Justice », *Fordham Int'l LJ.*, 2010, p. 1338.

(12) S. Weatherill, « Competence and Legitimacy », in C. Barnard et O. Odudu (dir.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 17. Il convient de noter que l'avocat général Sharpston, dans ses conclusions dans l'affaire *Grunkin et Paul*, distingue entre la validité de la disposition nationale contraire au droit de l'Union et la validité

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

En ce sens, l'exigence du paragraphe 2 de l'article 51 de la Charte, selon laquelle la Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, est respectée. Mais la question est de savoir si le rattachement de l'action étatique au champ d'application du droit de l'Union par l'établissement du conflit entraîne l'application de la Charte, indépendamment du critère de mise en œuvre du droit de l'Union. Si le critère de mise en œuvre n'est pas nécessaire pour l'extension du champ d'application du droit de l'Union et la soumission des États membres aux obligations de loyauté, il figure explicitement dans le paragraphe 1er de l'article 51 de la Charte, disposant que celle-ci s'adresse aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Faut-il en déduire, comme l'a suggéré la Cour constitutionnelle fédérale de l'Allemagne, que l'application de la Charte selon le critère du rattachement de l'action étatique au champ d'application du droit de l'Union constituerait une méconnaissance du principe d'attribution ?

En effet, si nous retenons pour l'application de la Charte le même critère que pour l'imposition des obligations de loyauté, à savoir le conflit entre l'action étatique et une norme issue du droit de l'Union, certes, ce n'est pas la Charte qui élargit le champ d'application du droit de l'Union, mais l'objectif d'application de la Charte coïncide avec l'objectif d'application du droit de l'Union, à savoir résoudre un conflit normatif. Or, lors d'un conflit normatif qui inclut les droits fondamentaux (soit parce que le niveau national de protection entre en conflit avec les obligations européennes (13), soit parce que l'action nationale entre en conflit avec une norme européenne qui pourrait activer l'application de la Charte (14)), la Charte ne saurait constituer un paramètre de la résolution du conflit. En effet, cela conduirait à définir un standard européen de protection des droits fondamentaux au-delà de l'objectif à la base de la consécration de la protection des droits fondamentaux au niveau européen, à savoir la légitimité de la poursuite des objectifs sectoriels assignés à l'Union. En d'autres termes, le critère de mise en œuvre du droit de l'Union comme critère d'application de la Charte exprime sa fonction de garantie de la protection des droits fondamentaux face au droit de l'Union. Le cas où la poursuite des objectifs de l'Union heurterait les droits fondamentaux se distingue de celui où la poursuite des objectifs nationaux, même liés aux droits fondamentaux, heurterait les règles de l'Union. Dans le premier cas, la Charte jouerait son rôle de légitimation. Dans le second cas, la Charte exprimerait une intervention active de l'Union par l'imposition d'un standard européen de protection, une compétence autonome pour protéger les droits fondamentaux qui ne lui est pas attribuée.

---

de son effet. C.J.C.E., 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06, concl., pt 49. La Cour de justice, dans l'affaire *Watts*, a considéré que, si les obligations issues du droit de l'Union amènent les États membres à apporter des adaptations à leur système national de sécurité sociale, on ne saurait considérer « qu'il y aurait de ce fait atteinte à leur compétence souveraine en la matière ». C.J.C.E., 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, pt 147.

(13) Comme, p. ex., dans l'aff. *Omega*, C.J.C.E., 14 octobre 2004, aff. C-36/02.

(14) Comme, p. ex., dans l'aff. *Zambrano*, C.J.U.E., 8 mars 2011, aff. C-34/09.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Par conséquent, retenir le critère de mise en œuvre du droit de l'Union, et non pas celui du champ d'application du droit de l'Union, pour déterminer l'application de la Charte correspond à une conception statique et stricte du principe d'attribution. Il s'agit toutefois de l'approche de la Cour de justice, qui n'a pas été aperçue de la même manière par le juge constitutionnel allemand et qui n'a pas distingué entre critère du champ d'application et critère de mise en œuvre.

Plus précisément, la Cour de justice ne retient pas le critère du champ d'application du droit de l'Union comme critère d'application de la Charte. Il convient de rappeler que l'avocat général Sharpston, dans ses conclusions dans l'affaire *Zambrano*, a suggéré le remplacement du critère de mise en œuvre du droit de l'Union pour l'application de la Charte par celui du rattachement à un domaine de compétence de l'Union, même non exercée (15). La mise en œuvre du droit de l'Union présupposant l'exercice de sa compétence, retenir le critère de compétence indépendamment de son exercice conduirait à détacher l'application de la Charte de la poursuite des objectifs sectoriels et à ériger la protection des droits fondamentaux en objectif autonome. Or il est bien connu que la Cour de justice n'a pas suivi les conclusions, écartant même l'application de la Charte pour placer le débat sous le prisme des dispositions du traité relatives à la citoyenneté et de l'encadrement de l'action étatique par son rattachement au champ d'application du droit de l'Union en raison de l'établissement d'un conflit indirect (16).

En outre, lorsque la protection des droits fondamentaux au niveau national est en conflit avec les règles européennes (mais, dans ce cas, les droits fondamentaux ne sont pas l'objet de la violation), le droit national tombe sous le champ d'application du droit de l'Union, même si la protection se situe dans un domaine de compétence étatique, mais non sous le champ d'application de la Charte. Dans ce cas, la protection nationale des droits fondamentaux est vue indépendamment du standard européen, comme un intérêt national qui devra être mis en balance avec l'obligation de respect du droit de l'Union. On rappellera à cet égard que, dans l'affaire *Omega* (17), la reconnaissance d'un standard national de protection de la dignité humaine n'a pas été traduite dans l'affirmation d'un standard européen, mais a été considérée comme élément de justification de la dérogation à la liberté de circulation (18). De même, dans les affaires *Viking* (19) et *Laval* (20)

(15) Selon l'avocat général, « la règle prévoirait 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* », pt 163.

(16) L'action des États membres mettant en péril l'exercice des droits issus de la citoyenneté tombe sous le champ du droit de l'Union, même en l'absence de conflit établi avec les libertés de circulation. K. Lenaerts, « EU Federalism in 3-D », in E. Cloots, G. De Baere et S. Sottiaux (dir.), *Federalism in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 31.

(17) Voy. *supra*.

(18) K. Lenaerts et J. A. Gutierrez-Fons, « The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law », *CMLRev.*, 2010, pp. 1629, 1663.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

la compétence étatique en matière de protection sociale tombait sous le champ d'application du droit de l'Union en tant qu'entrave à la libre prestation des services. Toutefois, la protection sociale était avancée comme une justification de la dérogation, ce qui est différent de l'atteinte aux droits sociaux par la mise en œuvre d'une dérogation. Ainsi, la balance entre liberté de circulation et protection sociale n'est pas placée sous le signe d'application de la Charte des droits fondamentaux (21), les standards nationaux de protection étant vus dans leur aspect d'exercice d'une compétence étatique susceptible d'être encadré après la balance des intérêts et tombant sous le champ d'application du droit de l'Union par le conflit normatif auquel il donne lieu.

Le critère du champ d'application du droit de l'Union est distingué du critère de mise en œuvre même dans l'affaire *Åkerberg Fransson* (22). En effet, après l'affirmation ambiguë selon laquelle la Charte s'applique « lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union » (23), la Cour de justice a justifié l'application de la Charte par la considération des réglementations nationales comme une mise en œuvre du droit de l'Union. Une telle approche est conforme aux explications relatives à l'article 51 de la Charte, selon lesquelles 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 (24), ainsi qu'à l'objectif de légitimation dans la poursuite des objectifs de l'Union.

Nous pouvons ainsi affirmer que la soumission de l'action étatique à la Charte est fonction du critère de mise en œuvre du droit de l'Union qui se distingue du critère du rattachement au champ d'application du droit de l'Union, distinction fondée sur les éléments du conflit normatif (dans le premier cas, entre la poursuite des objectifs matériels assignés à l'Union et les droits fondamentaux, dans le second, entre l'intérêt national qui peut comprendre les droits fondamentaux et les normes matérielles de l'Union) et sur la conception du principe d'attribution (dans le premier cas strict, dans le sens de la poursuite des objectifs de l'Union, dans le second, large, dans le sens de l'encadrement de l'action étatique en fonction du principe de loyauté). Par conséquent, le critère de mise en œuvre pour l'application de la Charte des droits fondamentaux exprime une conception stricte du principe d'attribution et ne permet pas de considérer que ledit principe couvre

(19) C.J.C.E., 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP*, aff. C-438/05.

(20) C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05.

(21) Ce qui, d'ailleurs, a suscité de nombreuses critiques. L. Azoulai, « The Court of Justice and the social market economy : the emergence of an ideal and the conditions for its realization », *CMLRev.*, 2008, p. 1335. C. Barnard, « A Proportionate Response to Proportionality in the Field of Collective Action », *E.L. Rev.*, 2012, p. 117.

(22) Voy. *supra.*

(23) Pt 21.

(24) C'est nous qui soulignons.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de manière autonome la protection des droits fondamentaux au niveau de l'Union.

Toutefois, une incertitude quant au respect du principe d'attribution naît de la conception large du critère de mise en œuvre. Il est précisément considéré que les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union non seulement lorsqu'ils adoptent des normes nationales spécifiquement destinées à l'exécution de leurs obligations, mais également lorsqu'ils exercent leur compétence au profit de l'application effective du droit de l'Union (25).

Il convient cependant de noter que, bien avant l'adoption de la Charte, la Cour de justice avait soumis l'action nationale en conflit avec les règles du marché intérieur au respect des droits fondamentaux, principes généraux du droit communautaire, en considérant que la justification avancée par l'État membre en vue de déroger aux libertés de circulation devait être interprétée à la lumière des droits fondamentaux (26). Cette subordination avait été présentée comme une conséquence non pas du rattachement de l'action nationale au champ d'application du droit communautaire, mais de la mise en œuvre de la dérogation aux libertés de circulation, admise en droit communautaire au profit d'un intérêt légitime national (27). En d'autres termes, la confrontation de l'action nationale aux droits fondamentaux protégés au niveau communautaire a été justifiée en considérant la balance des intérêts comme une mise en œuvre de la norme européenne de dérogation (28). En ce sens, l'action étatique sert la poursuite des objectifs de l'Union qui comprennent la balance entre intérêts nationaux et libertés de circulation.

Cette conception large du critère de la mise en œuvre se retrouve dans l'arrêt *Åkerberg Fransson* et a nourri la réaction de la Cour constitutionnelle allemande. Dans l'affaire *Åkerberg Fransson*, la réglementation nationale à la base des sanctions fiscales et poursuites pénales n'a pas été adoptée pour l'exécution du droit de l'Union, elle a toutefois été mobilisée au

(25) F. Snyder, « The effectiveness of European Community Law. Institutions, tools and techniques », *MLR*, 1993, p. 19.

(26) C.J.C.E., 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. C-5/88 ; C.J.C.E., 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89. L. Azoulai , « The Case of Fundamental Rights : A State of Ambivalence », in H.W. Micklitz, B. De Witte (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States,* Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 207 et s.

(27) E. Dubout, « The protection of fundamental rights and the allocation of competences in the EU : a clash of constitutional logics », in L. Azoulai (dir.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, OUP, 2014, p. 193.

(28) La Cour a été explicite dans l'arrêt *Pfleger* : « Ainsi qu'il résulte de cette jurisprudence, lorsqu'il s'avère qu'une réglementation nationale est de nature à entraver l'exercice de l'une ou de plusieurs libertés fondamentales garanties par le traité, elle ne peut bénéficier des exceptions prévues par le droit de l'Union pour justifier cette entrave que dans la mesure où cela est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect. Cette obligation de conformité aux droits fondamentaux relève à l'évidence du champ d'application du droit de l'Union et, en conséquence, de celui de la Charte. L'emploi, par un État membre, d'exceptions prévues par le droit de l'Union pour justifier une entrave à une liberté fondamentale garantie par le traité doit, dès lors, être considéré, ainsi que M^me^ l'avocat général l'a relevé au pt 46 de ses conclusions, comme "mettant en œuvre le droit de l'Union", au sens de l'article 51, § 1, de la Charte. » C.J.U.E., 30 avril 2014, *Pfleger*, aff. C-390/12, pt 36.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

profit de l'application effective de celui-ci. D'ailleurs, l'exercice de la compétence de sanction des États membres au profit de l'effectivité des règles de l'Union exprime à la fois le lien avec le champ d'application du droit de l'Union, qui permet l'encadrement de la compétence nationale afin d'éviter un conflit éventuel avec l'exigence d'effectivité (29), et l'inscription de l'exercice de la compétence nationale dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union (30).

Une telle conception large de la notion de mise en œuvre avait été explicitement admise dans le cadre de la jurisprudence de la Cour relative aux clauses de non-régression du niveau de protection des travailleurs par la mise en œuvre du droit de l'Union. Il a été considéré précisément que la notion de mise en œuvre d'une directive « doit couvrir toute mesure nationale visant à garantir que l'objectif poursuivi par celle-ci puisse être atteint, y compris celles qui, postérieurement à la transposition proprement dite, complètent ou modifient les règles nationales déjà adoptées » (31).

Par conséquent, la conception du critère de la mise en œuvre du droit de l'Union dans le sens de la mobilisation de la compétence étatique au profit de la poursuite des objectifs de l'Union s'inscrit également dans le cadre du principe d'attribution, l'élément déterminant consistant dans la poursuite des objectifs matériels assignés à l'Union, qui justifie l'encadrement par la Charte, celle-ci n'assignant aucun objectif autonome porteur de compétence.

Il convient toutefois de noter que la conception large du critère de mise en œuvre est contrebalancée par une approche stricte du principe d'attribution lors de la détermination du standard de protection à appliquer. L'article 51 de la Charte ne vise pas à déterminer l'étendue de la protection mais justifie l'encadrement de l'acte étatique de mise en œuvre. Si la Charte est appliquée selon le principe d'attribution, mais si la conception retenue du critère de mise en œuvre est large, la marge d'appréciation du juge national dans la détermination de l'étendue de la protection laisse toute la place au standard national, l'article 51 de la Charte impliquant l'encadrement de la discrétion et de l'autonomie procédurale du juge national qui devra agir dans le cadre de la coopération avec la Cour de justice. Ainsi, lorsque la mise en œuvre du droit de l'Union mobilise une compétence autonome des États membres, la protection est assurée selon les standards nationaux, à condition de leur conformité aux standards européens. Cette condition, issue du critère d'application de la Charte, permet à la Cour de justice d'encadrer l'appréciation du juge national. Dans l'affaire *Åkerberg Fransson*, la Cour considère que,

(29) C. Haguenau-Moizard, « Sanction nationale du droit communautaire : sanctions effectives, proportionnées et dissuasives », in J. Dutheil de La Rochere (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 205.

(30) M. Dougan, « From the velvet glove to the iron fist : criminal sanctions for enforcement of Union law », in M. Cremona (dir.), *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 74.

(31) C.J.C.E., 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, pt 51.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

« lorsqu'une juridiction d'un État membre est appelée à contrôler la conformité aux droits fondamentaux d'une disposition ou d'une mesure nationale qui, dans une situation dans laquelle l'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union, met en œuvre ce droit au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour » (32). Ainsi, la reconnaissance de l'application de la Charte des droits fondamentaux ne conduit pas à déplacer la responsabilité de protection au niveau européen (33), mais permet à la Cour de justice d'encadrer les standards nationaux, dans son rôle de garant d'un système constitutionnel à plusieurs niveaux, dans les limites du principe d'attribution.

Étant donné que l'application de la Charte n'exclut pas l'application des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, la Cour a jugé utile de souligner que l'application de ces standards ne doit pas compromettre la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union (34). En effet, lorsque les droits fondamentaux sont absorbés dans l'exercice des compétences matérielles de l'Union, ou s'expriment dans les dispositions des traités, l'application de l'article 53 de la Charte conduit à diluer la préservation du niveau national plus élevé de protection dans le respect du principe d'attribution.

II. – L'APPLICATION DE LA CHARTE DILUÉE DANS LE PRINCIPE D'ATTRIBUTION

Dans un contexte de mise en œuvre des normes européennes, l'application de la Charte n'est plus douteuse. Or l'application de la Charte n'entraîne pas l'exigence d'effectivité de ses dispositions, ladite exigence ne couvrant que les normes issues de l'exercice de la compétence matérielle de l'Union. Lorsque, dans l'exercice de sa compétence, l'Union est amenée à cristalliser, dans le cas d'espèce, un standard de protection, ou lorsque les dispositions procédurales du droit primaire sont porteuses de protection selon l'utilisation qui en est faite par les autorités nationales, la question du niveau de protection est diluée dans celle de l'effectivité des normes européennes qui limite l'autonomie nationale, comme conséquence du principe d'attribution.

Plus précisément, concernant l'action des institutions ayant un objet normatif embrassant un standard de protection d'un droit fondamental, soit par sa réglementation directe, soit par la codification de la confiance mutuelle

(32) Pt 29.

(33) Voy. les objections, à cet égard, de l'avocat général Cruz Villalón, concl., aff. C-617/10, pts 35-65.

(34) C.J.U.E., *Aklagaren c. Åkerberg Fransson*, préc., pt 29 ; C.J.U.E., gde ch., 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, pt 60.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

entre États membres quant à son respect (35), la Charte ne constitue plus une norme de référence du contrôle de légalité interne de l'acte de l'Union par rapport à un standard européen de protection (36). Ledit standard est absorbé dans la norme adoptée et fixé en l'espèce par celle-ci. L'étendue de la protection n'est plus envisagée dans son aspect de légitimation, mais dans son aspect normatif, au service de la réalisation de l'objectif sectoriel. Concernant l'encadrement de l'action des États membres, ceux-ci sont obligés d'assurer l'exécution effective de la norme européenne, conformément au principe de loyauté, sans pouvoir y opposer un standard national plus élevé, la possibilité qui leur est offerte par la Charte ne concernant pas le cas où le contenu normatif des dispositions européennes couvre la protection des droits fondamentaux.

L'arrêt *Melloni (*37*)* illustre la considération de la protection juridictionnelle effective non plus comme un droit fondamental conditionnant la validité de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, mais comme un objet normatif couvert par l'exercice de la compétence de l'Union dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale (38). La conséquence est que les États membres ne peuvent pas opposer un standard national plus élevé de protection juridictionnelle et mettre ainsi en péril l'application du mandat d'arrêt dans un cas précis, du moment où la décision-cadre n'avait pas été contestée dans son ensemble par rapport à sa conformité avec la Charte. En d'autres termes, dans la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen, la Charte ne s'applique pas pour ce qui concerne les droits inclus dans l'exercice de la compétence législative de l'Union, tel le droit à une protection juridictionnelle effective, et qui ne peuvent plus être opposés à la réalisation de l'objectif poursuivi, en l'occurrence la création d'un espace pénal fondé sur les principes de confiance et de reconnaissance mutuelles (39), et est, donc, diluée dans la problématique des compétences. La question ne se pose plus en termes de standards, mais en termes de conflit normatif. Comme les dispositions de la Charte ne sont pas couvertes par l'exigence de mise en œuvre effective, ne résultant pas de l'exercice d'une compétence normative de l'Union, le principe d'effectivité couvre la

(35) E. Dubout, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *supra,* pp. 92 et s.

(36) On notera que l'application de la Charte a conduit la Cour à déclarer l'invalidité de la directive 2006/24/CE sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communication. C.J.U.E., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, aff. C-293/12.

(37) Aff. C-399/11, préc.

(38) E. Dubout, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif *versus* pluralisme constitutionnel », *Cah. dr. eur.*, nº 2/2013, p. 293.

(39) D. Ritleng, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *Rev. trim. dr. eur.*, 2013, p. 267 ; du même auteur, « Les Constitutions nationales et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Europe(s), Droit(s) européen(s), Liber amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco,* Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 705.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

norme mise en œuvre. L'application du standard le plus élevé de protection dans la mise en œuvre du droit de l'Union n'est pas un objectif autonome couvert par l'exigence d'effectivité. La réalisation de l'objectif poursuivi par l'exercice de la compétence matérielle de l'Union exige la mise en œuvre effective de la norme dans le respect des droits fondamentaux, mais l'aspect effectivité de la norme l'emporte sur la protection des droits fondamentaux lorsque celle-ci est incluse dans la norme et ainsi couverte par la compétence de l'Union.

Ceci dit, la cristallisation d'un niveau de protection juridictionnelle dans l'acte relatif au mandat d'arrêt européen n'exprime pas le standard européen de protection juridictionnelle. L'Union n'a pas exercé une compétence pour fixer un niveau de protection juridictionnelle d'application générale, car une telle compétence lui échappe, mais a inclus la protection juridictionnelle dans le champ de sa compétence matérielle dans un domaine précis. C'est ainsi le principe d'attribution qui restreint l'application concrète des dispositions substantielles de la Charte, malgré son applicabilité de principe dans un domaine qui relève de la compétence de l'Union, en ce que la compétence attribuée à l'Union ne porte pas sur les dispositions de la Charte, qui reculent devant l'exigence de mise œuvre effective des normes issues de l'exercice d'une compétence matérielle.

Le caractère subordonné de la compétence législative de l'Union en matière de droits fondamentaux par rapport à la compétence matérielle qui l'embrasse est également illustré dans le cadre des clauses de non-régression. Introduites dans les directives adoptées en matière d'emploi, ces clauses visent à établir que la mise en œuvre d'une directive ne doit pas constituer de « justification », « motif » ou « raison » pour une aggravation des régimes précédemment mis en œuvre dans les différents États membres et une réduction de la protection des travailleurs (40). L'exercice de la compétence matérielle de l'Union en matière sociale couvre ainsi les droits des travailleurs, sans établir un standard européen de protection, mais en consolidant la protection nationale. Il est toutefois significatif qu'une régression de la protection des droits des travailleurs ne soit pas interdite dans la mesure où elle résulte non pas de la mise en œuvre de la directive, mais de la poursuite des intérêts étatiques (41). Par conséquent, l'obligation de non-régression est une exigence issue de la directive sociale et couverte par l'exigence de mise en œuvre effective de celle-ci. L'Union n'exerce pas de compétence en matière de protection des droits fondamentaux, car elle ne stabilise pas le niveau national de protection au-delà de la mise en œuvre de la norme adoptée dans le cadre de l'exercice de sa compétence matérielle.

La problématique de l'absorption de la protection des droits fondamentaux par l'exercice de la compétence matérielle de l'Union trouve une expression particulière concernant le droit à une protection juridictionnelle

(40) L. Corazza « Hard times for hard bans : fixed-term work and so-called non-regression clauses in the era of flexicurity », *E.L.J.*, 2011, p. 385.
(41) C.J.C.E., 23 avril 2009, *Angelidaki*, aff. C-378/07, pt 126.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

effective, droit fondamental transversal. L'incertitude est née de ce que la mise en œuvre effective au niveau juridictionnel des normes adoptées dans le cadre de l'exercice des compétences matérielles de l'Union et octroyant de droits aux particuliers implique l'encadrement de la compétence procédurale nationale et équivaut ainsi à un standard de protection juridictionnelle effective. Sans revenir sur la problématique de la balance entre effectivité et autonomie procédurale, on notera que les limites à l'autonomie procédurale nationale sont fondées tantôt sur le principe d'effectivité, tantôt sur le principe de protection juridictionnelle effective (42). Or le Traité de Lisbonne a consacré la protection juridictionnelle effective comme une obligation autonome à la charge des États membres dans le cadre de l'exécution juridictionnelle du droit de l'Union (43). La question est de savoir si la protection juridictionnelle effective constitue désormais un objectif autonome assigné à l'Union, à la base d'une compétence procédurale lui permettant l'encadrer l'autonomie procédurale nationale conformément à un standard européen de protection. Cette question est liée à celle de savoir si l'exercice de la compétence matérielle de l'Union englobe un standard européen de protection juridictionnelle par l'interprétation des exigences d'effectivité dans la mise en œuvre de la norme. L'affirmation du professeur Blumann selon laquelle le juge national serait le gardien de la protection juridictionnelle effective, menotté par le principe d'effectivité (44), pourrait être reformulée en ce qu'il serait le gardien de l'effectivité menotté par le principe de protection juridictionnelle effective. Dans le premier cas, le standard de protection juridictionnelle serait situé sur le plan national, sous la condition de sa conformité avec les exigences d'effectivité, alors que, dans le deuxième cas, le standard de protection juridictionnelle serait situé sur le plan européen, impliquant une plus grande limitation de l'autonomie nationale au profit d'une plus grande effectivité.

Certes, le lien entre effectivité et protection juridictionnelle effective rend difficile leur considération différenciée. Il est vrai que la protection juridictionnelle effective équivaut à l'effectivité dans la mise en œuvre juridictionnelle de la norme qui octroie de droits aux particuliers. Toutefois, si on raisonne en termes de compétences, la différenciation n'est pas dépourvue

(42) C.J.C.E., 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05. La jurisprudence qui a suivi a été abondamment commentée par la doctrine, voy. à titre indicatif, S. Prechal et R. Widdershoven, « Effectiveness or effective judicial protection : a poorly articulated relationship », in T. Baume (dir.), *Today's Multi-Layered Legal Order : Current Issues and Perspectives, Liber amicorum in Honour of Arjen W.H. Meij*, Paris, Zutphen, 2011, p. 283. M. Safjan, D. Düsterhaus, « A Union of Effective Judicial Protection : Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU », *Yearbook of European Law,* 2014, p. 3. D. Sarmiento, « National voice and European loyalty. Member state autonomy, European remedies and constitutional pluralism in EU Law », in H.-W. Micklitz et B. De Witte (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 325.

(43) Art. 19, § 1er, al. 2, TUE : « Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. »

(44) Cl. Blumann, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *Sem. jur.*, 25 juillet 2007, p. 13.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de sens. En effet, l'exigence d'effectivité résulte du principe de loyauté et s'applique au niveau de l'exécution, compétence réservée de l'État membre dans le sens d'une autonomie procédurale qui est limitée de manière négative, selon l'exigence de ne pas rendre impossible ou excessivement difficile l'application des droits issus du droit de l'Union (45). Le principe d'effectivité s'inscrit ainsi dans le cadre de la balance entre autonomie nationale et réalisation de l'objectif poursuivi par l'adoption de la norme exécutée, qui n'est pas un objectif de protection juridictionnelle, mais un objectif sectoriel. Certes, l'effectivité dans l'exécution de la norme équivaut à une protection juridictionnelle effective, mais de manière réductrice et selon un standard national, compte tenu de la recherche continue de balance avec l'autonomie nationale. En revanche, si la protection juridictionnelle effective est considérée comme un objectif autonome, l'encadrement de l'autonomie procédurale nationale pourrait être plus important, exprimant l'établissement d'un standard européen de protection tout en assurant l'effectivité de la norme européenne octroyant de droits aux particuliers.

Si la Cour de justice n'a pas pris de position claire sur la portée de l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, TUE et sur le rapport entre effectivité et protection juridictionnelle effective, quelques éléments issus de la jurisprudence nous permettent de considérer que la protection juridictionnelle effective n'est pas un objectif autonome. La Cour de justice a, en effet, considéré que l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, TUE n'exige pas l'établissement de nouvelles voies de droit au sein des États membres (46). En outre, dans les cas où la mise en œuvre effective d'une norme européenne garantit la protection juridictionnelle effective (47), la Cour a fondé son raisonnement relatif à l'encadrement de l'autonomie procédurale nationale sur le principe d'effectivité, considérant que, si celui-ci est respecté, l'article 47 de la Charte l'est aussi (48), et malgré les conclusions des avocats généraux mettant l'accent sur la protection juridictionnelle effective.

En outre, il résulte de l'arrêt *A c. B* (49), que, même si la saisine du juge constitutionnel national permettrait de mieux garantir le respect de la norme européenne se rapportant à l'article 47 de la Charte, par l'annulation

(45) C.J.C.E., 16 décembre 1976, *Rewe*, 33/76 ; C.J.C.E., 16 décembre 1976, *Comet*, aff. C-45/76. P. Girerd, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *Rev. trim. dr. eur.*, 2002, p. 78. R. Mehdi, « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports des systèmes », in *50 ans de droit communautaire, Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, PU des Sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 615. Le principe revient abondamment dans la jurisprudence de la Cour de justice. Pour une vue d'ensemble, voy. *supra.*

(46) C.J.U.E., 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, aff. C-583/11 P, pt 103. Voy. également, C.J.U.E., 28 avril 2015, *T&L Sugars Ltd,* aff. C-456/13P, pts 43-50.

(47) En dehors des cas où la protection juridictionnelle est l'objet normatif de l'acte européen, comme par exemple dans : C.J.U.E., 4 juin 2013, *ZZ,* aff. C-300/11 ; C.J.U.E., 17 septembre 2014, *Liivimaa,* aff. C-562/12.

(48) C.J.U.E., 6 juin 2013, *Donau Chemie*, aff. C-536/11 ; C.J.U.E., 27 juin 2013, *Agrokonsulting*, aff. C-93/12.

(49) C.J.U.E., 11 septembre 2014, *A c./ B,* aff. C-112/13.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de la loi nationale contraire, la voie du renvoi préjudiciel ne saurait être contournée. En d'autres termes, s'il est établi que le litige national met en question l'effectivité du droit de l'Union, le juge national a l'obligation d'exercer son mandat de partie de la juridiction de l'Union, en vue de garantir non seulement l'effectivité du droit de l'Union, en l'occurrence de la procédure du renvoi préjudiciel et, donc, de l'article 267 TFUE, mais aussi la protection juridictionnelle par l'accès au juge de l'Union. Le droit à une protection juridictionnelle effective est ainsi dilué dans la procédure du renvoi préjudiciel dont le juge national doit assurer l'effectivité, comme il résulte également de l'avis 2/13 (50), et en ce sens, l'article 47 de la Charte ne trouve pas d'application autonome, permettant au juge national d'invoquer un niveau national de protection plus élevé au détriment de la répartition des compétences dans le cadre du renvoi préjudiciel.

Peut-on considérer que l'article 47 de la Charte n'acquiert pas de signification particulière par l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, TUE ? En ce sens, la protection juridictionnelle effective ne fait qu'encadrer la compétence nationale d'exécution juridictionnelle et légitimer cet encadrement, sans aller au-delà des exigences de la mise en œuvre effective de la norme européenne, exigences délimitées dans un contexte de balance des compétences.

Le principe d'attribution semble ainsi être le fil directeur de l'encadrement de la compétence de mise en œuvre du droit de l'Union par les États membres. L'équilibre entre niveaux de protection des droits fondamentaux et répartition des compétences est fragile et déterminant pour l'avenir de la coopération juridictionnelle, et la question de la compétence de l'Union en matière des droits fondamentaux est encore plus actuelle et ambiguë.

(50) Relatif à l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, voy. *supra*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

CONTRATS PUBLICS ET AIDES D'ÉTAT

Rozen NOGUELLOU
Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris I

Le droit de l'Union européenne s'intéresse avec une prégnance de plus en plus grande au droit des contrats publics. Parce qu'il s'agit d'un secteur économique important et que les échanges intracommunautaires sont susceptibles d'être affectés, les achats publics ont, depuis les années 1970, fait l'objet de directives spécifiques. Celles-ci ont récemment été revues et le spectre des contrats régis par ces directives a été accru, puisque les concessions de services sont désormais soumises à ces textes (1). La soumission à des directives spécifiques n'est pas le seul aspect du régime européen des contrats publics : ceux-ci relèvent également des règles générales du traité et, notamment, des dispositions relatives au droit de la concurrence (2). Cela a pu impliquer que l'on applique à des contrats publics les dispositions prohibant ententes et abus de position dominante (3) et cela implique que les contrats publics puissent être analysés par le spectre spécifique du régime des aides d'État (4). Les contrats publics, parce qu'ils portent sur des activités et/ou des ouvrages intéressant directement les collectivités publiques, peuvent, en effet, donner lieu à des échanges financiers complexes, lesquels se rapprochent parfois dangereusement du champ de l'interdiction des aides d'État.

L'article 107, § 1, TFUE considère comme incompatibles avec le marché intérieur, « dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en faveur de certaines entreprises ou de certaines productions ». L'aide d'État suppose, en tout état de cause, de faire l'objet d'une notification à la Commission qui, seule, pourra déterminer si elle est compatible avec les exigences du marché commun. L'aide non notifiée est nécessairement irrégulière et implique, en principe, sa restitution (5).

---

(1) Voy. directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

(2) Voy., de manière générale, sur la question, L. Richer, *L'Europe des marchés publics*, Paris, LGDJ, 2009 ; M. Trybus, « Public contracts in European Union internal market law : foundations and requirements », in *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 81.

(3) Voy., en droit français, C.E., 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, *Rec.*, pp. 393 et 406, concl. J.-H. Stahl.

(4) Voy., déjà, R. Kovar, « Les achats publics et l'interdiction des aides d'État », *Contrats Marchés publ.*, 2004, étude n° 8.

(5) Sur le régime des aides d'État, voy. Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 2012.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Contrats publics et aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

La Commission joue donc un rôle central en matière d'aide d'État, ce qui explique qu'elle ait déjà eu, à plusieurs reprises, à se prononcer sur des aides versées dans le cadre de contrats publics. Les juges nationaux ont également, en tant qu'ils sont juges de l'Union, un rôle important. Ils doivent s'assurer que des décisions prises par les autorités nationales ne revêtent pas la qualification d'aide d'État, laquelle aurait impliqué une notification à la Commission. C'est de cette double grille d'analyse – européenne et interne – que l'on tentera de rendre compte ici.

On identifiera les situations susceptibles de poser problème (I), avant de s'interroger sur le traitement d'une aide dans le cadre d'un contrat public (II).

I. – L'IDENTIFICATION DE L'AIDE

Comme le rappellent régulièrement la Commission et la Cour de justice, la notion d'aide d'État suppose, en droit de l'Union, que l'on soit en présence d'au moins quatre éléments : un bénéficiaire qui soit une entreprise, une mesure octroyée au moyen de ressources d'État et imputable à l'État, une mesure qui confère à son bénéficiaire un avantage et une mesure qui soit de nature à fausser la concurrence et à affecter les échanges entre États membres.

Une des difficultés, pour le sujet qui nous intéresse, est de distinguer ce qui relève de la notion d'aide de ce qui peut être considéré comme l'achat d'une prestation. Le contrat lui-même peut constituer le vecteur de distribution d'une aide d'État : il est, en effet, fréquent qu'une aide donne lieu à négociation préalable et à des engagements de la part de l'entreprise, lesquels seront actés dans une convention conclue avec la personne publique. La question est assez classique et le Conseil d'État a pu indiquer que tout dépendait du point de savoir si la somme versée était ou non la « contrepartie du service rendu » à la collectivité publique (6). Dans le même ordre d'idées, les récentes directives marchés publics et concessions excluent de leur champ d'application l'octroi de subventions qui ne sont pas la contrepartie d'une acquisition par la personne publique. Comme le relève le point 4 des paragraphes liminaires de la directive « marchés publics » : « En outre, le simple financement d'une activité, notamment par le biais de subventions, auquel est fréquemment liée l'obligation de rembourser les montants perçus lorsqu'ils ne sont pas utilisés aux fins prévues, n'entre habituellement pas dans le champ d'application des règles relatives à la passation des marchés publics » (7). L'octroi d'une aide, dès lors qu'elle n'accompagne aucune prestation réalisée au profit de la collectivité publique, ne constitue donc pas un marché public ou une concession.

(6) C.E., 26 mars 2008, *Région Réunion*, req. nº 284412 ; *Contrats Marchés publ.*, 2008, comm. 90, note G. ECKERT.

(7) Voy., dans le même sens, pt 12 des paragraphes liminaires de la directive « concession ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Contrats publics et aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cela étant dit, et c'est ce qui fait l'intérêt du sujet, des contrats publics ayant d'autres objets que la seule distribution d'un financement peuvent également être porteurs d'une aide d'État. Ce sera le cas dans divers cas de figure.

Cela pourra être le cas lorsque le contrat, par sa structuration économique, implique de la part de la personne publique qu'elle verse à l'entreprise choisie une somme qui dépasse celle à laquelle celle-ci peut prétendre en paiement de sa prestation. Comme a pu le relever le Tribunal de l'Union à propos de l'acquisition, par une collectivité publique, de bons de voyage : « une mesure étatique en faveur d'une entreprise qui revêt la forme d'une convention d'achat de bons de voyage ne saurait, du seul fait que les parties s'engagent à des prestations réciproques, être exclue *a priori* de la notion d'aide d'État visée à l'article 92 du traité. Cette interprétation de l'article 92 du traité a d'ailleurs été retenue par la Commission dans sa décision du 29 septembre 1993 d'engager la procédure prévue à l'article 93, paragraphe 2, du traité, à l'égard du régime d'aide instauré par l'accord initial. Malgré le fait que, selon le gouvernement espagnol, la prestation financière octroyée à Ferries Golfo de Vizcaya représentait la contrepartie des bons de voyage acquis par les autorités régionales, la Commission a considéré que l'accord de 1992 comportait des éléments d'aide d'État, puisque les conditions convenues pour cette transaction ne correspondaient pas à celles d'une transaction commerciale normale » (8).

En d'autres termes, c'est l'équilibre économique du contrat qui peut conduire à identifier une aide. Encore faut-il, naturellement, que les autres conditions de qualification de la notion d'aide d'État soient réunies et notamment que l'aide puisse être considérée comme versée à une « entreprise ». La Cour de justice retient cependant, on y reviendra, une conception particulièrement large de la notion d'entreprise, puisqu'elle considère que cette notion « comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » (9). Or constitue une activité économique « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné » (10). On aboutit ainsi à une solution circulaire en matière de contrats publics : dès lors qu'une personne publique passe un contrat à titre onéreux, c'est bien qu'elle acquiert un bien ou un service : elle fait donc, selon les éléments de définition retenus par la Cour de justice, nécessairement appel à des « entreprises » pour les fournir.

Et la solution vaut quel que soit le statut du cocontractant, y compris s'il intervient dans le cadre d'une relation *in house* : comme l'a rappelé la

(8) TPI, 28 janvier 1999, *Bretagne, Angleterre, Irlande c. Commission*, aff. T-14/96.

(9) Voy. not. arrêts du 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, *Rec.*, p. 1-1979, pt 21, et du 16 mars 2004, *AOK Bundesverband e.a.*, aff. jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *Rec.*, p. 1-2493, pt 46.

(10) Voy. not. C.J.C.E., 18 juin 1998, *Commission c. Italie*, aff. C-35/96, *Rec.*, p. 1-3851, pt 36.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Contrats publics et aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Commission dans le *Guide relatif à l'application aux SIEG des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État* (11), « [l]a notion *in-house* est une notion du droit des marchés publics alors que les règles en matière d'aides d'État relèvent du droit de la concurrence. L'application des règles de concurrence, et notamment des règles d'aides d'État, ne dépend pas du statut juridique ou de la nature de l'entité fournissant des SIEG, mais du caractère "économique" de l'activité que cette entité exerce ». La question est particulièrement importante en droit français où se sont développées de nombreuses structures *in house*, dont le capital est composé à 100 % par des fonds publics, et qui entretiennent des relations contractuelles nourries avec les collectivités publiques. Or, comme l'a d'ailleurs relevé l'Autorité française de la concurrence (12), ces structures du type sociétés publiques locales sont susceptibles de tomber dans le champ du droit des aides d'État dès lors qu'elles sont entièrement financées sur fonds publics (13). La question pourra se poser au stade de la constitution de la société publique locale et elle rejoint alors celle, classique, de l'intervention publique dans le capital d'une société : le critère dégagé par la jurisprudence européenne est celui de l'investisseur en économie de marché. Le problème pourra aussi se poser au stade des relations contractuelles entre la collectivité publique et la société publique locale.

La question est alors de savoir ce qui, dans un contrat public et quelle que soit l'entité avec laquelle il est conclu, peut laisser penser que la rémunération du cocontractant comporte un élément d'aide d'État. Tout dépend de l'équilibre financier du contrat et le problème se posera *a priori* plus fréquemment pour des contrats complexes – qui font généralement intervenir plusieurs éléments de financement – que pour les marchés publics qui ne donnent lieu qu'à un prix payé par la collectivité publique. Dans cette dernière hypothèse, le caractère adéquat du prix versé se détermine assez simplement et, s'il apparaissait que l'administration a sélectionné une offre très sensiblement supérieure à celle des autres concurrents ou passé une transaction qui ne correspondrait pas à une « transaction commerciale normale » (14), ceux-ci pourraient être tentés d'avancer l'argument tiré de l'existence d'une aide d'État.

Pour les contrats qui impliquent des sources de rémunération variées, la question du caractère adéquat ou non de la rémunération est plus complexe. Il importe alors de prendre en compte l'ensemble des éléments de rémunération – prix, redevances perçues sur l'usager, éventuelles subventions d'équilibre, recettes annexes… – pour déterminer si la personne publique

(11) *Guide relatif à l'application aux SIEG, et en particulier aux SSIG, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de marchés publics et de marché intérieur* du 29 avril 2013.

(12) Avis 11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des SPL.

(13) Voy. not. G. Eckert, « La coopération public-public, entre espoirs et inquiétudes », in *Mélanges L. Richer*, Paris, LGDJ, 2014, p. 617.

(14) Voy. la décision du Tribunal de première instance déjà citée : 28 janvier 1999, *Bretagne, Angleterre, Irlande c. Commission*, aff. T-14/96.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Contrats publics et aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

peut être considérée comme ayant consenti une aide au profit de son co-contractant (15). On rappellera à cet égard que l'aide ne se caractérise pas uniquement par l'allocation par la personne publique d'une somme d'argent, mais correspond, plus largement, à toutes les mesures qui, « sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques » (16). Des abandons de recettes peuvent donc s'analyser comme des aides au sens de cette jurisprudence (17). C'est d'ailleurs ce que rappelle expressément la communication de 2012 de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général :

« Ce transfert de ressources d'État peut prendre de nombreuses formes, telles que des subventions directes, des crédits d'impôts et des avantages en nature. En particulier, le fait que l'État ne facture pas certains services aux prix du marché constitue un abandon de ressources d'État. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire C-482/99, *France c. Commission*, la Cour de justice a aussi confirmé que les ressources dont dispose une entreprise publique constituent des ressources d'État au sens de l'article 107 du traité du fait que les autorités publiques sont à même de contrôler ces ressources. Il en résulte que lorsqu'une entreprise chargée de la gestion d'un SIEG est financée par des ressources mises à disposition par une entreprise publique et que ce financement est imputable à l'État, le financement en question est susceptible de constituer une aide d'État.

L'octroi, sans appels d'offres, de licences équivalant à des titres d'occupation ou d'utilisation du domaine public ou d'autres droits spéciaux ou exclusifs ayant une valeur économique peut supposer un abandon de ressources d'État et procurer un avantage aux bénéficiaires. »

On indiquera également que, contrairement à ce qu'a jugé la Cour administrative d'appel de Bordeaux, ce n'est pas parce que l'octroi d'une

(15) En d'autres termes, le problème se pose surtout, en droit français, pour des contrats de type concessif ou encore pour les contrats de partenariat public-privé, lesquels reposent souvent sur des modèles financiers complexes (voy., pour la contestation d'un contrat de partenariat sous l'angle du droit des aides d'État : C.A.A. Bordeaux, 17 juin 2014, n° 13BX00563, voy. également, pour une convention de délégation de service public : CE, 13 février 2015, Communauté d'agglomération d'Épinal, req. n° 373645).

(16) Voy. not. C.J.C.E., 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmo di Firenze e.a.*, aff. C-222/04.

(17) Voy., en ce sens, la décision de la Commission de 2009 à propos des concessions autoroutières, citées *infra* : « l'allongement de la durée des concessions comporte l'attribution, par le gouvernement français aux sociétés concessionnaires concernées d'un droit exclusif de perception de péages durant une année. *De facto*, ce droit exclusif revient à la renonciation, de la part de l'État, à la perception directe des péages pendant la durée de l'allongement de la concession, perception que l'État se serait assuré[e] s'il avait choisi de reprendre la gestion des infrastructures en cause à la date d'échéance initiale de la concession. Il s'ensuit que les sociétés bénéficiaires de la mesure en cause bénéficient d'un avantage consenti au moyen de ressources étatiques » (§§ 28-29). Voy. déjà, dans le même sens : décision de la Commission du 22 février 2006, aff. C-90/07, concernant l'allongement de la durée des concessions des sociétés d'autoroute du Tunnel du Mont-Blanc et du Tunnel routier Maurice Lemaire.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Contrats publics et aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

subvention avait été annoncé lors de la passation du contrat, si bien que toutes les entreprises participant à la procédure en avaient été informées, que l'on peut considérer que cette subvention ne conduit pas à fausser la concurrence (18) : dès lors qu'une entreprise – l'entreprise titulaire du contrat – est avantagée par rapport à ses concurrentes, on est bien face à une aide d'État.

Le principal élément de difficulté tient à ce que le contrat public répond le plus souvent à des besoins de service public ou, au moins, d'intérêt général. Or la Cour de justice a dégagé une solution favorable au financement des activités de service public en écartant la qualification d'aide, dès lors que la somme versée peut être considérée comme la stricte contrepartie d'obligations de service public. Plus précisément, depuis la jurisprudence *Altmark* de 2003 (19), systématisée par le « paquet Almunia » (20), la somme versée en contrepartie d'obligations de service public ne constituera pas une aide si quatre conditions cumulatives sont réunies :

> « – Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies.
> – Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes.
> – Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable.
> – Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. »

Les contrats publics – et tout particulièrement les conventions de délégation de service public – doivent donc être analysés au travers de cette grille de lecture. Cette démarche tend à se développer, de nombreux requérants utilisant, pour contester des contrats publics, l'argument tiré de l'existence d'une aide d'État. On dispose donc en la matière à la fois de décisions de la Commission et de décisions du juge administratif français.

Un arrêt du Conseil d'État du 13 juillet 2012 s'est ainsi prononcé sur l'existence d'une aide d'État dans un contrat relatif à la gestion d'une concession

(18) Voy. C.A.A. Bordeaux, 17 juin 2014, n° 13BX00563 : « dès lors que l'ensemble des candidats en ont été également informés, ces contributions ne sauraient être considérées comme des aides, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

(19) C.J.C.E., 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, aff. C-280/00.

(20) Communications de la Commission n^{os} 2012/C 8/02 et 8/03 du 20 décembre 2011 ; règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 ; décision 2012/21/UE de la Commission du 20 décembre 2011.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Contrats publics et aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

aéroportuaire (21), des décisions de cours administrative d'appel se sont intéressées à l'existence d'une aide d'État dans une convention de délégation de service public relative à la desserte du Mont-Saint-Michel (22) ou portant sur un réseau de communication à très haut débit (23).

Les premier et deuxième critères de la jurisprudence *Altmark* ne soulèvent en règle générale pas de difficultés : il est assez simple, dans le cadre d'une convention de délégation de service public, de conclure que l'entreprise bénéficiaire est bien chargée de l'exécution d'obligations de service public et les paramètres relatifs au calcul de la compensation auront, le plus souvent, été posés lors de la procédure de passation du contrat, ce qui permet de considérer qu'ils ont été « préalablement établis de façon objective et transparente ».

Les troisième et quatrième critères soulèvent davantage de difficultés.

En ce qui concerne le troisième critère – le caractère strictement proportionné de la compensation –, la jurisprudence montre l'examen attentif du juge. Il est conduit à apprécier de manière très précise l'équilibre économique du contrat pour vérifier si la subvention ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir les frais liés aux obligations de service public. Il a ainsi pu considérer comme justifiée une subvention qui permettait au concessionnaire d'atteindre un taux de rendement interne de 9,58 %, ce qui, « eu égard aux risques assumés par le concessionnaire, n'est pas excessif par rapport au taux d'intérêt garantissant un revenu certain aux placements bancaires » (24). Dans le même esprit, le Conseil d'État a jugé que présentait un caractère proportionné la subvention qui permettait d'atteindre, « au cas où les perspectives de trafic et de croissance se réalisent », un taux de rentabilité de 13,42 %, lequel « correspond à la moyenne basse des taux de rentabilité observés pour des concessions de ce type » (25).

Le quatrième critère d'appréciation posé par la décision *Altmark* tient à ce que le choix de l'entreprise doit avoir été opéré « dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité » ou, sinon, que le niveau de la compensation soit déterminé sur la base des coûts nécessaires pour faire face aux obligations de service public pour une entreprise moyenne et bien gérée. La question s'est posée de savoir si la référence aux « procédures de marché public » pouvait être entendue dans un sens large,

(21) À propos du désormais célèbre projet d'aéroport Notre-Dame des Landes : C.E., 13 juillet 2012, *Cté d'Erde et Gesvres*, req. n° 347073, *Rec.*, p. 277 ; *AJDA*, 2012, p. 1717, chron. E. Glaser ; *Contrats Marchés publ.*, 2012, comm. 287, note G. Eckert. Voy., sur le sujet, M. Karpenschif, « Quand le droit européen des aides d'État s'invite dans le contentieux des délégations de service public », *J.C.P. (éd. A)*, 2012, n° 2326. Voy. également, à propos d'une convention de délégation de service public relative à un réseau de communication : CE, 13 janvier 2015, Communauté d'agglomération d'Épinal, req. n° 379645.

(22) C.A.A. Nantes, 15 mars 2013, *Sté Sodetour*, req. n° 11NT02594.

(23) C.A.A. Marseille, 10 juin 2014, *Sté SFR Collectivités*, req. n° 11MA03639.

(24) C.A.A. Marseille, 10 juin 2014, préc.

(25) C.E., 13 juillet 2012, n° 347073, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Contrats publics et aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

visant toute procédure de mise en concurrence transparente, ou si elle faisait uniquement référence aux procédures mises en place par les directives marchés publics. La Commission a pu estimer, dans une décision du 3 mai 2005 relative au subventionnement du déploiement d'un réseau haut débit, via une convention de délégation de service public, que « la procédure utilisée pour l'attribution de la délégation de service public a été une procédure spécifique applicable pour l'attribution d'un contrat de concession – qui n'est soumise que partiellement aux directives "marchés publics" – et dans laquelle les autorités publiques ont gardé une marge substantielle d'appréciation dans le choix final du délégataire. Dans une telle situation, il n'est pas possible de conclure automatiquement que le résultat atteint équivaut au prix du marché du point de vue des aides d'État » (26). Une solution identique a été reprise plus récemment à propos du contrat conclu par la collectivité territoriale de Corse avec la SNCM : « la procédure utilisée en l'espèce et prévue par le droit français pour l'attribution de délégations de service public est une procédure négociée avec publication préalable au regard du droit de la commande publique. Il convient tout d'abord de rappeler qu'une telle procédure ne peut garantir une concurrence effective que sous réserve d'une appréciation au cas par cas. En effet, elle confère une large marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur et peut restreindre la participation des opérateurs intéressés » (27). Le juge administratif français s'est montré beaucoup moins sévère. Ainsi, le Conseil d'État a pu estimer que « la procédure de passation d'une délégation de service public permet la mise en concurrence, dans des conditions transparentes, des offres de plusieurs entreprises en fonction de critères de sélection préalablement définis », ce qui suffisait, selon lui, à respecter le quatrième critère. Le Conseil d'État a toutefois pris soin de relever que la procédure suivie en l'espèce avait permis de sélectionner « la société ayant demandé la subvention la moins importante » (28). Il n'est pas certain, cela dit, que la solution adoptée par la Commission soit toujours pertinente : le droit de l'Union s'est enrichi d'un texte propre aux concessions, avec des règles de passation particulières, lesquelles ont bien pour objet, comme en matière de marchés publics, de garantir le choix du cocontractant le plus efficient. Sans doute peut-on désormais considérer que tout attributaire choisi selon ces règles répondra au quatrième critère identifié par la jurisprudence *Altmark*.

Ce dernier critère de la jurisprudence *Altmark* soulève des difficultés particulières lorsqu'est en cause une société publique locale ou, plus généralement, une structure *in house*. Dans ce type d'hypothèse, en effet, et

(26) Décision du 3 mai 2005, n° 382/2004.

(27) Décision du 2 mai 2013 concernant l'aide d'État SA.22843 2012/C. En l'espèce, d'ailleurs, la Commission a estimé que la procédure suivie n'avait pas garanti le choix de l'entreprise offrant les services en cause au moindre coût.

(28) C.E., 13 juillet 2012, *Cté de communes d'Erdre*, req. n° 347073, préc. Voy. également, dans le même sens, C.A.A. Nantes, 15 mars 2013, *Sté Sodetour*, req. n° 11NT02594 : « qu'en l'espèce, il n'est pas établi que la procédure mise en œuvre n'aurait pas permis de sélectionner le candidat capable de réaliser l'infrastructure proposée au moindre coût pour la collectivité ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Contrats publics et aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

par application des solutions propres au droit des marchés publics (29), le choix du titulaire du contrat n'aura pas fait l'objet d'une procédure transparente. Il sera donc systématiquement nécessaire, pour éviter la qualification d'aide d'État, de démontrer que la compensation des obligations de service public a bien été déterminée « sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée, aurait encourus pour exécuter ces obligations ».

L'aide d'État pourra également être caractérisée si les conditions d'exécution du contrat sont modifiées en cours d'exécution, conduisant, là encore, à accorder au cocontractant un avantage.

Plusieurs décisions, de la Commission et du Conseil d'État, illustrent cette hypothèse.

Dans un arrêt de 2012 (30), le Conseil d'État a ainsi eu à se prononcer sur la légalité, au regard du principe d'interdiction des aides d'État, de la stipulation de la convention conclue entre la collectivité territoriale de Corse et la SNCM, qui prévoyait, « en cas de modification importante des conditions techniques, réglementaires ou économiques d'exploitation des services délégués ou pour tenir compte d'événements extérieurs ayant un impact significatif sur les engagements financiers du délégataire », que « les parties se rencontreront pour prendre, autant que de besoin, les mesures de rétablissement de l'équilibre financier initial de la convention, en priorité sur les tarifs maxima et sur l'adaptation des services ». Le Conseil n'a pas écarté la qualification d'aide d'État d'une telle mesure de modification de l'équilibre économique du contrat, mais il a considéré que « la circonstance que l'article 7 de la convention puisse ainsi donner lieu à la prise d'une décision par la personne publique dont l'intervention serait subordonnée à une notification préalable à la Commission européenne, ne permet pas, à elle seule, de qualifier cette clause d'aide au sens de l'article 107 du traité ».

La Commission, quant à elle, a eu à se prononcer sur les allongements de la durée des concessions autoroutières consentis par le gouvernement français en contrepartie de la réalisation, par les sociétés concessionnaires, de travaux sur leurs réseaux (31). Elle a estimé que les critères de qualification d'une aide d'État étaient bien remplis et que les conditions posées par l'arrêt *Altmark* pour écarter cette qualification ne pouvaient être considérées comme réunies, dès lors que « les sociétés bénéficiaires de la mesure en cause auxquelles auraient été imposées des obligations de service public n'ont pas été choisies par une procédure de marché public » (32) et que la

(29) La règle est d'ailleurs désormais posée dans les directives propres aux contrats publics, qu'il s'agisse de la directive « marchés publics » ou de la directive « concession ».

(30) C.E., 13 juillet 2012, *Cie Méridionale de navigation*, req. nº 355616, *Rec.*, p. 282 ; *Contrats Marchés publ.*, 2012, comm. 287, note G. Eckert ; *Rev. trim. dr. eur.,* 2013, p. 889, obs. E. Muller.

(31) Décision 362/2009 du 17 août 2009 ; décision du 28 octobre 2014 sur le plan de relance autoroutier.

(32) § 33 de la décision.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Contrats publics et aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

France ne démontrait pas que le niveau de la compensation avait été déterminé sur la base d'une analyse des coûts encourus par une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée. L'élément intéressant dans cette décision tient au fait que, pour la Commission, le fait que les concessions autoroutières aient, à l'origine, pu être attribuées selon une procédure de mise en concurrence ne suffit pas. Pour écarter la qualification d'aide d'État s'agissant d'une mesure adoptée en cours d'exécution du contrat, il faudrait remettre en concurrence le titulaire du contrat (33), ce qui n'a évidemment pas beaucoup de sens. En d'autres termes, les mesures prises en cours d'exécution du contrat ont peu de chances de relever du champ de l'exemption *Altmark*.

Cela conduit à s'interroger sur certaines solutions jurisprudentielles classiques du droit français. Des théories comme l'imprévision, qui permettent une modification substantielle de l'économie du contrat et l'octroi au cocontractant de l'administration d'une indemnité pourraient ainsi être remises en cause s'il apparaissait que la somme versée ne répond pas aux exigences posées par la jurisprudence *Altmark*.

II. – Le traitement de l'aide

Dès lors que l'on est face à une aide d'État, un certain nombre de contraintes trouvent à s'appliquer. La première d'entre elles tient à l'obligation de notification de l'aide à la Commission : le principe posé à l'article 108 est celui de l'interdiction du versement de toute aide avant la décision de la Commission relative à la compatibilité de celle-ci. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de la solution posée dans l'arrêt *Altmark* que d'écarter la qualification d'aide et, donc, d'éviter toute notification. Et c'est bien la raison pour laquelle de nombreux contrats publics font désormais l'objet de contestations sous l'angle du droit des aides d'État : il s'agit d'un argument particulièrement efficace dès lors que l'aide, si elle est caractérisée, n'aura que rarement été notifiée. On relèvera toutefois qu'il existe un seuil en dessous duquel les sommes versées par les collectivités publiques échappent au régime de l'aide d'État : c'est le cas, en application du règlement *de minimis* du 18 décembre 2013, des aides d'un montant inférieur à 200.000 euros sur trois exercices fiscaux.

Pourvu qu'elle ait été notifiée, l'aide pourra être considérée comme compatible avec le marché commun parce que relevant des diverses hypothèses de compatibilité.

Il existe d'abord des exemptions automatiques directement prévues par l'article 107 du traité : aide à caractère social ou encore aides destinées à remédier à des catastrophes naturelles. Elles paraissent difficilement invocables en matière de contrats publics. En revanche, il n'est pas impossible que les aides susceptibles d'être compatibles listées par le même article 107

(33) Ou démontrer que le niveau de compensation n'est pas supérieur aux coûts exposés par une entreprise classique, ce qui peut être compliqué à prouver.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Contrats publics et aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ou encore que les aides admises par le règlement d'exemption par catégorie (34) se rencontrent en matière de contrats publics. On peut, en effet, envisager une subvention versée dans le cadre d'une convention de délégation de service public pour promouvoir la culture ou encore pour favoriser le développement économique de certaines régions.

Enfin, et c'est sans doute le cas de figure le plus fréquent en matière de contrats publics lorsque la somme versée ne peut pas relever du champ de la jurisprudence *Altmark*, l'aide peut être justifiée par l'application des dispositions particulières relatives aux services d'intérêt économique général. La Cour a admis qu'une mesure d'aide puisse être déclarée compatible avec le traité « si elle est nécessaire au fonctionnement des services d'intérêt économique général et n'affecte pas le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ». La Commission a estimé que, pour entrer dans le champ de cette justification, le mécanisme de compensation des obligations liées au SIEG doit être précisé, ainsi que les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de cette compensation, ce qui implique certainement, pour un contrat en cours d'exécution, la signature d'un avenant spécifique (35).

C'est cette dérogation qui a justifié, aux termes d'un examen de la proportionnalité de la mesure aux objectifs poursuivis, que l'aide versée aux sociétés concessionnaires par l'allongement de la durée de leurs concessions pour un an soit considérée comme compatible avec le marché commun (36).

Si l'aide n'a pas été notifiée ou si, notifiée, elle a néanmoins été versée avant la décision de la Commission, elle doit en principe être restituée. Cela a pu donner lieu à des condamnations importantes de la France, comme celle qui a suivi le constat par la Commission de l'illicéité d'une partie de l'aide versée à la SNCM dans le cadre de la délégation de service public conclue pour la desserte de la Corse (37).

Le dernier point que l'on voudrait aborder concerne les effets qu'emporte, pour le contrat, le versement d'une aide illégale. La question n'intéresse qu'indirectement le droit de l'Union : la directive recours qui prescrit de sanctionner certaines irrégularités d'un contrat public ne comporte pas de dispositions relatives aux aides d'État. Le droit européen n'impose qu'une seule sanction, la restitution de l'aide, et est indifférent au sort réservé au contrat lui-même. On peut néanmoins relever que la directive « marchés publics » envisage la question des aides sous l'angle des offres anormalement basses en organisant la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de rejeter une offre qui serait anormalement basse en raison de l'obtention par

(34) Règlement n° 800-2008 du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché commun.

(35) Lequel devra naturellement respecter les règles propres à la modification des marchés publics ou des concessions, lesquelles limitent les évolutions financières des contrats en cours d'exécution.

(36) Voy. décision du 17 août 2009, préc. ; également décision du 28 octobre 2014, préc.

(37) Voy. décision du 2 mai 2013, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Contrats publics et aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'entreprise concernée d'une aide irrégulière (38). La question est, pour le reste, largement renvoyée aux juridictions nationales : elle conduit à se demander s'il est possible d'invoquer une aide d'État au soutien d'un recours dirigé contre le contrat et avec quelles incidences.

Comme cela a pu être relevé, l'intrusion des aides d'État dans le contentieux contractuel conduit à multiplier les armes en faveur des requérants : « le droit des aides offre des moyens de droit nouveaux aux concurrents évincés. En effet, en sus de la violation des règles de publicité ou de concurrence systématiquement invoquée par les concurrents malheureux, il est possible, sur le fondement de l'effet direct reconnu à l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, de demander au juge national : d'ordonner la suspension d'aides non notifiées, de prescrire la récupération des soutiens illégalement versés assortis d'intérêt de retard, d'exclure une entreprise bénéficiaire d'aides indues d'une procédure de passation de marché public ou de délégation de service public, de condamner le récipiendaire à indemniser le concurrent du fait du préjudice économique ou commercial subi, de retenir la responsabilité des autorités publiques dispendieuses, d'ordonner la restitution des taxes alimentant un système d'aides illégales voire, même, d'annuler les autorisations administratives (indispensables à l'exercice de l'activité déléguée) dont peut bénéficier le récipiendaire indu » (39). L'existence d'une aide d'État irrégulière peut-elle également constituer un moyen au soutien d'un recours dirigé contre le contrat lui-même ?

La question de l'opérance du moyen dans le cadre d'un référé précontractuel se pose. Le juge administratif n'admet en principe, dans le cadre d'un tel recours, que les moyens tirés d'une violation des obligations de publicité et de mise en concurrence, et il a déjà eu l'occasion de juger que la violation des règles du droit de la concurrence ne pouvait être invoquée (40). Pour autant, l'obtention d'une aide d'État irrégulière est de nature, a précisé la Cour de justice, à justifier le rejet d'une offre (41). Il s'agit d'ailleurs d'un élément d'appréciation des offres anormalement basses, dont le traitement relève bien du champ du référé précontractuel (42). On peut donc considérer que, dès lors que l'aide irrégulière conduit à violer le principe d'égalité

(38) Art. 69 de la directive 2014/24. Voy. également, sur cette question : C.J.U.E., 23 décembre 2009, *CoNISMa*, aff. C-305/08, not. § 33.

(39) M. Karpenschif, « Quand le droit européen des aides d'État s'invite dans le contentieux des délégations de service public », *op. cit*.

(40) C.E., 5 juin 2007, *Sté Corsica Ferries*, req. n° 305280 ; *Contrats Marchés publ.*, 2007, comm. 253, note G. Eckert.

(41) C.J.C.E., 7 décembre 2000, *ARGE*, aff. C-94/99, §§ 29-30 : « il ne saurait être exclu que, dans certaines circonstances particulières, la directive 92/50 oblige les pouvoirs adjudicateurs, ou à tout le moins leur permette, de prendre en considération l'existence de subventions, et notamment d'aides non conformes au traité, afin, le cas échéant, d'exclure les soumissionnaires qui en bénéficient. À cet égard, la Commission a fait valoir à juste titre qu'un soumissionnaire peut être exclu au cours de la procédure de sélection, lorsque le pouvoir adjudicateur considère qu'il a reçu une aide non conforme au traité et que l'obligation de restituer l'aide illégale mettrait en danger sa santé financière, de sorte que ce soumissionnaire peut être considéré comme n'offrant pas les garanties financières ou économiques requises ».

(42) C.E., 29 mai 2013, *Sté Artéis*, req. n° 366606.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Contrats publics et aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de traitement des candidats à un marché public, le moyen peut être soulevé devant le juge du référé précontractuel.

De manière plus évidente, le moyen peut être utilement avancé dans le cadre d'un recours dirigé contre le contrat, sur le fondement de la toute nouvelle jurisprudence *Département du Tarn-et-Garonne* (43). Dès lors que l'aide conduit nécessairement à favoriser le titulaire du contrat, il semble, du moins pour les candidats évincés, que la fermeture des moyens recevables dans le cadre de ce recours ne soit pas susceptible de limiter la possibilité d'invoquer un tel argument. On peut, en effet, considérer qu'il s'agit bien d'un vice « en rapport direct avec l'intérêt lésé » susceptible d'être avancé par les autres candidats, et l'on peut même se demander si l'on ne se trouve pas face à un vice « d'une gravité telle que le juge devrait le relever d'office ». La question est alors de savoir si l'existence d'une aide d'État non justifiable conduit nécessairement à la nullité du contrat. Comme on le sait, le juge administratif français a retenu une solution très souple, qui lui permet de « doser » la sanction qu'il entend attacher à l'irrégularité du contrat (44). Le problème en l'espèce tient à ce que le vice touche directement à l'équilibre économique du contrat et qu'il paraît difficile d'y remédier en poursuivant l'exécution de la convention. La poursuite du contrat tel qu'il avait été conclu est impossible, puisque, par définition, le mode de rémunération sur lequel les parties s'étaient accordées ne peut plus trouver à s'appliquer. Par ailleurs, l'existence d'une aide irrégulière remet en cause la comparaison qui avait pu être opérée entre les différents candidats et, donc, le choix de l'offre opéré par la personne publique. La fin du contrat, qu'elle soit ou non rétroactive, semble donc la seule sanction possible. L'aide irrégulière serait ainsi une arme particulièrement efficace dans le cadre du contentieux contractuel.

---

(43) C.E., Ass., 4 avril 2014, *Département Tarn-et-Garonne*, req. n° 358994, *AJDA*, 2014, p. 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *RDI*, 2014, p. 344, note S. Braconnier ; *RFDA*, 2014, p. 425, concl. B. Dacosta et note P. Delvolvé.

(44) Pour reprendre les termes de l'arrêt *Département du Tarn-et-Garonne* préc. : « il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'État dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Contrats publics et aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

L'AVOCAT ET LE RENVOI PRÉJUDICIEL : SA PLACE ET SON RÔLE DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES ET LA COUR DE JUSTICE

Jacques PERTEK

Agrégé de droit public
Avocat au barreau de Carpentras

Les recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, qu'a publiées la Cour de justice en novembre 2012 (1) ignorent l'avocat. Elles ne font qu'une référence indirecte à son intervention en traitant de l'aide juridictionnelle, qui peut être accordée à une partie au litige au principal « pour couvrir les frais, notamment, de représentation, auxquels elle s'expose devant la Cour » (2) ou en formulant une invitation à l'adresse de la juridiction auteure d'un renvoi d'indiquer les coordonnées « des représentants des parties en cause » (3).

Le règlement de procédure de la Cour de justice, dans la version en vigueur, adoptée le 24 septembre 2012 (4), est tout aussi discret à cet égard. En son article 97, paragraphe 3 (ex-art. 104, § 2), il comporte seulement une disposition sibylline selon laquelle, « en ce qui concerne la représentation et la comparution des parties au litige au principal, la Cour tient compte des règles de procédure en vigueur devant la juridiction saisie ». Il apporte ainsi un aménagement particulier au monopole renforcé accordé en principe aux avocats pour assurer la représentation des parties (autres que les États ou les institutions) devant la Cour par l'article 19 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, en même temps qu'une précision quant à la qualité d'avocat à prendre en compte à cet effet.

L'intervention d'un avocat n'est ainsi pas systématiquement exigée dans la procédure préjudicielle devant la Cour de justice, et les avocats ne disposent pas nécessairement d'une exclusivité lorsque se trouve applicable une obligation de représentation. Ce sont les règles applicables devant la juridiction de renvoi qui informent celles qui s'appliquent dans le prétoire de Luxembourg. Mais, précisément, celles-ci prévoient souvent une obligation de représentation dans le prétoire national ou, tout au moins, une

(1) Recommandations C.J.U.E. du 6 novembre 2012 à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, *J.O.U.E.*, C 338.
(2) Recommandations C.J.U.E., *ibid.*, pt 32
(3) Recommandations C.J.U.E., *ibid.*, pt 45.
(4) *J.O.U.E.*, L 265.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'avocat et le renvoi préjudiciel : sa place et son rôle devant les juridictions nationales et la Cour de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

exclusivité pour l'assurer, le cas échéant, qui est attribuée soit aux seuls avocats, soit, en partage, entre eux et d'autres professionnels.

Cependant, en pratique, les avocats ont une mission essentielle à accomplir dans l'examen d'une demande préjudicielle par la Cour de justice, qui prolonge celle qu'ils doivent accomplir dans la genèse d'un renvoi préjudiciel. Après avoir examiné ce qui se rapporte à celle-ci, nous envisagerons ce qu'il en est dans la procédure devant la Cour.

Ainsi que le soulignent les professeurs Cl. Blumann et L. Dubouis, la règle posant le principe de la représentation « facilite le bon fonctionnement de la justice » (5). Ces quelques réflexions se veulent un hommage rendu par un universitaire devenu avocat, qui avait eu le plaisir de faire la connaissance du professeur Blumann lors des épreuves du concours d'agrégation de 1992 et qui eut l'avantage de travailler avec lui, et avec le professeur Dubouis, notamment dans le cadre d'un jumelage avec la Roumanie portant sur la reconnaissance des diplômes.

I. – L'AVOCAT ET LA DEMANDE DE DÉCISION PRÉJUDICIELLE

Devant une juridiction nationale, pour autant que de besoin, les parties jouent le rôle principal pour obtenir l'application correcte du droit de l'Union, et, dans le cas où le litige se trouve porté devant cette juridiction à la suite de leur initiative, ce peut être, notamment ou principalement, dans ce but. Dans la plupart des procédures ainsi concernées, les parties privées (particuliers et agents économiques) ou les collectivités territoriales se trouvent représentées par un avocat, ou bien parce que cette représentation constitue une obligation, dès le stade de la première instance ou ultérieurement (en France, devant une cour d'appel ou devant une cour administrative d'appel), ou bien simplement parce qu'elle correspond à un besoin particulièrement prégnant dans les cas où l'affaire comporte des ingrédients relevant du droit de l'Union.

Sur la base du diagnostic qu'elle établit, une juridiction nationale peut ou doit, selon les cas, adopter une décision portant demande de décision préjudicielle, à l'initiative de l'une des parties ou de son propre mouvement. Les avocats jouent, le plus souvent, un rôle essentiel à cet égard.

Chacune des parties au principal peut alors choisir d'être un spectateur actif, et non un simple figurant, dans la phase de la coopération entre juges qui se déroule dans le prétoire de la Cour de Luxembourg. La partie qui souhaite exercer une influence sur le déroulement de la procédure et sur la manière dont la Cour de justice tranchera le point de droit qui lui est soumis sera, le plus souvent, représentée par un avocat, que cette représentation soit obligatoire (en raison de l'existence d'une telle obligation dans la procédure nationale au stade où elle se trouve) ou qu'elle résulte de la nécessité

(5) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2013, p. 643.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'avocat et le renvoi préjudiciel : sa place et son rôle devant les juridictions nationales et la Cour de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'y recourir, en raison des caractéristiques propres du droit de l'Union et/ou des traits originaux de la procédure préjudicielle.

À de nombreux égards, l'avocat doit exercer ses capacités d'initiative et sa vigilance tout au long de la genèse et du déroulement de la procédure préjudicielle. Diverses règles créent pour lui des contraintes ou des opportunités qu'il doit prendre en compte. Tel est le cas, notamment, pour ce qui concerne la rédaction des observations qu'il peut déposer devant la Cour de justice ou la plaidoirie qu'il pourra prononcer devant la Cour de justice.

L'avocat représentant une partie est appelé à jouer un rôle essentiel pour ce qui concerne l'identification du droit de l'Union qui peut influer sur la solution du litige et, si cela s'avère nécessaire, pour faire en sorte que soit décidée la présentation d'une demande de décision préjudicielle de la part de la juridiction devant laquelle ce litige est pendant.

A. – Identification du droit de l'Union européenne

La première contribution de l'avocat se rapporte à la mise en jeu du droit de l'Union dans le litige dont est saisie la juridiction nationale. Dans certains cas, la présence d'éléments du droit de l'Union peut se manifester d'emblée, ainsi quand est en cause par elle-même l'application d'un acte pris par une institution, un organe ou un organisme de l'Union, ou l'application d'une décision nationale adoptée sur la base d'un tel acte. Dans cette hypothèse, il peut être nécessaire d'envisager l'articulation entre divers actes connexes ou susceptibles d'affecter le même domaine ; le cas échéant, il peut être nécessaire de s'interroger quant à la validité de l'acte des institutions, si ce sont les dispositions de cet acte qui menacent les intérêts en cause.

Si le domaine concerné se trouve couvert par une directive de l'Union, l'avocat est amené à examiner la qualité de la transposition opérée dans l'État concerné ; dans le cas où cette transposition n'a pas été réalisée, ou si elle a été opérée de manière partielle ou insatisfaisante, il est conduit à s'interroger sur l'éventuel effet direct de tout ou partie des dispositions de cette directive et, le cas échéant, à se prononcer en faveur de cette solution.

Par ailleurs, les dispositions des traités sur lesquelles est fondée l'Union, ou les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ou les principes du droit de l'Union, sont susceptibles de créer des droits intéressant la substance du litige ou le déroulement de la procédure.

Sont ainsi nécessaires une certaine connaissance des solutions de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la jurisprudence nationale, ainsi que des recherches de jurisprudence.

Dès lors, l'avocat doit soumettre à la juridiction nationale les moyens et arguments pertinents pour obtenir que soient prises en considération les exigences qu'imposent l'invocabilité du droit de l'Union (qui est une caractéristique de l'ensemble de ses composantes), l'éventuel effet direct de certaines

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'avocat et le renvoi préjudiciel : sa place et son rôle devant les juridictions nationales et la Cour de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

dispositions du droit primaire ou du droit dérivé (cet effet direct étant alors plus ou moins étendu) et la primauté de l'ensemble du droit de l'Union.

B. – Déclenchement d'une demande de renvoi préjudiciel

Si la cause qu'il soutient le justifie, l'avocat est amené à tenter de convaincre la juridiction nationale de l'intérêt qu'il y a à procéder à une demande de renvoi préjudiciel. Tel est le cas lorsqu'il peut espérer de la réponse de la Cour de justice un avantage pour la partie qu'il représente : une interprétation favorable du droit de l'Union, la reconnaissance d'un éventuel effet direct, la mise en évidence de la non-conformité du droit national ou, dans une perspective inverse, l'inapplicabilité d'un acte des institutions dont pourrait être constatée l'invalidité.

Considérant que le facteur temps est généralement très important, l'avocat doit arbitrer entre les avantages pouvant résulter d'une décision à venir de la Cour de justice et les inconvénients tenant au délai nécessaire pour l'obtenir (délai restant proche de deux ans). Parfois, la seule perspective d'un sursis à statuer et d'un report de la solution du litige peut présenter un intérêt pour l'une des parties et inciter à rechercher une saisine de la Cour.

Dans certaines affaires, l'avocat peut se trouver confronté à des interrogations relatives à la qualité de juridiction (pour les besoins du renvoi préjudiciel) de l'organe qui est saisi du litige et à la nature de la fonction qu'il exerce dans la procédure concernée. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice à cet égard, il peut avoir intérêt, selon les cas, à soutenir l'existence du droit pour cet organe de procéder à un renvoi, ou, au contraire, à s'y opposer.

Si c'est une juridiction nationale ne statuant pas en dernière instance qui a décidé de procéder à un renvoi préjudiciel, cette décision peut faire l'objet d'un recours devant une juridiction supérieure, en vue, notamment, de remettre en cause le renvoi décidé par la première.

Si, au contraire, une telle juridiction a décidé de ne pas utiliser son droit au renvoi préjudiciel, l'usage des voies de recours nationales (appel ou cassation) peut présenter un intérêt, ou s'imposer, soit pour contester une décision défavorable à la cause défendue (en particulier si cette décision contredit la jurisprudence de la Cour de justice), soit simplement pour ouvrir une nouvelle opportunité de renvoi préjudiciel de la part de la juridiction qui statuera sur recours (ou, éventuellement, à un stade ultérieur).

Lorsque l'affaire est portée devant la juridiction qui est amenée à statuer en dernière instance, par l'effet de l'usage des voies de recours (ou parce qu'elle est compétente en premier et dernier ressort), l'avocat favorable à un renvoi préjudiciel peut être amené à prendre en compte divers éléments.

En premier lieu, l'article 267 TFUE, alinéa 3, prévoit une obligation de renvoi de caractère systémique, qui concerne non seulement la ou les juridictions supérieures (conscientes de l'existence de cette obligation), mais

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'avocat et le renvoi préjudiciel : sa place et son rôle devant les juridictions nationales et la Cour de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

aussi certaines autres juridictions, par exemple une juridiction statuant après une cassation avec renvoi. L'existence d'un procédé de filtrage des recours, tout au moins dans l'hypothèse où ce filtrage est opéré par la juridiction elle-même dont la décision est en cause, met, semble-t-il, l'obligation de renvoi à la charge de celle-ci.

Lorsque se trouve mise en jeu l'appréciation de validité d'un acte des institutions (ou des organes ou organismes de l'Union), l'obligation de renvoi résultant de la jurisprudence *Foto-Frost* (6) pèse sur une juridiction qui ne statue pas en dernière instance, mais qui nourrit un soupçon quant à la validité de l'acte en cause, tandis que l'obligation de renvoi d'origine textuelle s'impose, plus largement, à une juridiction qui statue en dernière instance dès lors qu'elle a un doute quant à cette validité.

En deuxième lieu, alors même que le litige a donné naissance à un renvoi préjudiciel de la part d'une première juridiction, une juridiction saisie par la voie de l'appel ou de la cassation a toujours le droit de procéder à un nouveau renvoi, ceci après que la Cour de justice a rendu sa décision ou avant qu'elle ait été en mesure de le faire. Lorsque la Cour de justice a statué pour dire le droit, le choix qui s'offre à une telle juridiction est, en réalité, d'accepter et de mettre en œuvre la décision de la Cour ou d'en faire naître une autre.

Enfin doivent être pris en compte les aménagements qui ont été apportés, dans la branche interprétation du mécanisme préjudiciel, à l'obligation de renvoi pesant sur une juridiction statuant en dernière instance (7), et alors soit pour argumenter contre la nécessité d'un renvoi (en particulier si une interprétation avisée peut être donnée par cette juridiction elle-même), soit en faveur de l'exécution de cette obligation (en s'appuyant, notamment, sur l'existence de divergences d'interprétation entre diverses juridictions).

S'il souhaite convaincre une juridiction nationale de procéder à un renvoi, que ce soit en faisant usage de l'habilitation dont elle dispose à cet effet ou que ce soit pour exécuter une obligation de renvoi pesant sur elle, l'avocat est conduit à lui proposer les éléments du diagnostic qu'elle doit poser.

Ce diagnostic concerne, d'une part, l'existence d'une incertitude quant à l'interprétation de telle ou telle disposition du droit de l'Union ou quant à la validité de certaines dispositions d'un acte des institutions ou d'un tel acte en tant que tel. Il concerne, d'autre part, l'évaluation de l'incidence possible sur la solution du litige du choix entre diverses interprétations des dispositions considérées ou de l'invalidité de l'acte concerné par rapport à sa validité.

De manière générale, il est opportun que l'avocat suggère à la juridiction nationale la formulation de la question ou des questions qui devraient être soumises à la Cour de justice dans une demande de décision préjudicielle. À tout le moins, il doit s'intéresser à la formulation pouvant être donnée à

(6) C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. C-314/85, *Rec.*, p. 4199.
(7) C.J.C.E., 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. C-283/81, *Rec.*, p. 3415.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'avocat et le renvoi préjudiciel : sa place et son rôle devant les juridictions nationales et la Cour de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

cette question ou à ces questions, ceci d'autant plus que, les parties étant tenues par le contenu des questions dès lors que la Cour de justice a été saisie, il trouve ici la seule occasion d'exercer une influence à cet égard.

Par ailleurs, la juridiction de renvoi ayant la faculté de proposer à la Cour de justice une réponse à toute question qu'elle lui soumet, l'avocat peut avoir intérêt à souligner que cette faculté doit être mise à profit, et alors à suggérer lui-même la proposition de réponse que la juridiction nationale pourrait présenter à la Cour dans sa demande de décision préjudicielle.

Sachant que la juridiction nationale a la possibilité de demander à la Cour de justice l'application de la « procédure préjudicielle accélérée » (en tous domaines, en cas d'urgence) ou de la « procédure préjudicielle d'urgence » (dans le domaine couvert par l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, notamment dans les matières civiles ou en matière pénale), l'avocat peut avoir à argumenter en faveur de la présentation d'une telle demande de la part de cette juridiction.

II. – L'AVOCAT ET L'EXAMEN DE LA DEMANDE DE DÉCISION PRÉJUDICIELLE

Si la juridiction nationale devant laquelle intervient l'avocat a décidé de saisir la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle, à la suite de la suggestion de celui-ci ou d'une autre partie, ou de son propre mouvement, l'avocat mandaté par une partie est amené à intervenir, en principe, dans la phase écrite, puis dans la phase orale de la procédure.

L'avocat qui est choisi par une partie pour la représenter devant la Cour de justice n'est pas nécessairement l'avocat qui a représenté ou assisté cette partie devant la juridiction nationale, et en tout cas à lui seul. Une partie peut éprouver le besoin de recourir aussi, ou de préférence, aux services d'un avocat spécialisé dans le droit de l'Union et, notamment, dans les procédures de renvoi préjudiciel. Par ailleurs, en France, lorsque le renvoi préjudiciel est opéré par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, un avocat peut intervenir dans la procédure devant la Cour de justice tout autant qu'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ou avocat aux conseils (8).

A. – Dans la phase écrite de la procédure

Les divers « intéressés », dont les parties au principal, reçoivent notification, par les soins du greffe de la Cour de justice, de la demande de décision préjudicielle transmise à la Cour par la juridiction nationale. Cette notification fait courir le délai dans lequel doivent être soumises à la Cour de justice les « observations écrites ».

L'usage effectif de cette faculté de présentation d'observations écrites est d'autant plus important que la Cour peut omettre la phase orale de la

(8) Voy. C.J.C.E., 21 mars 2000, *Greenpeace France e.a.*, aff. C-6/99, *Rec.*, p. I-1651.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'avocat et le renvoi préjudiciel : sa place et son rôle devant les juridictions nationales et la Cour de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

procédure, soit dans le déroulement ordinaire de la procédure, soit parce qu'elle peut décider d'utiliser la « procédure simplifiée » en statuant par voie d'ordonnance motivée.

La présentation d'observations écrites ne revêt pas un caractère obligatoire, et l'absence de telles observations n'interdit pas ensuite la présentation par la partie concernée d'observations au cours de l'audience de plaidoiries (si elle n'est pas omise), mais elle constitue un élément déterminant de l'intervention de l'avocat.

Ainsi que l'a requis la Cour de justice, et que le prescrit désormais le règlement de procédure (art. 94) la demande de décision préjudicielle qui lui est adressée par la juridiction de renvoi doit contenir, notamment, outre la question ou les questions à résoudre, un exposé des circonstances factuelles et l'indication des dispositions nationales et de la jurisprudence nationale. En cas de désaccord quant au contenu de ces éléments, les observations écrites que présente l'avocat doivent y apporter les correctifs et ajouts nécessaires.

Dans ce cadre, l'objet des observations écrites est de proposer une réponse à la question ou aux questions soumises à la Cour de justice, sur la base d'une argumentation venant la justifier. Si la demande de la juridiction de renvoi comporte plusieurs questions, il importe que les observations de l'avocat y apportent une proposition de réponse dans l'ordre de leur exposition, sauf à suggérer, avec l'argumentation correspondante, qu'elles soient examinées dans un ordre différent qui serait plus judicieux.

Quant à leur contenu, ces observations doivent, notamment, se référer à la jurisprudence de la Cour de justice, pour s'appuyer sur ses solutions ou pour les contredire s'il s'agit d'obtenir que leur soit apporté un infléchissement ou de rechercher que soit opéré un revirement.

En raison de la possibilité dont disposent le juge rapporteur ou l'avocat général de demander aux intéressés tous renseignements relatifs aux faits, tous documents ou tous éléments qu'ils estiment pertinents, les observations écrites peuvent utilement suggérer la formulation de telles demandes de renseignements, en précisant ce que pourrait être leur objet. Les réponses apportées à de telles demandes sont alors communiquées par le greffe de la Cour de justice aux parties et aux autres intéressés.

Les observations écrites présentées à la Cour de justice par l'avocat de l'une des parties sont transmises par le greffe de la Cour à tous les autres intéressés (dans tous les cas, les États membres et la Commission et, le cas échéant, l'auteur ou les auteurs de l'acte), qui pourront y répondre seulement au cours de l'audience de plaidoiries (si elle n'est pas omise).

Sur une base réciproque, l'avocat reçoit communication des observations écrites des autres intéressés (dont toujours au moins celles de la Commission, qui en présente de manière systématique), auxquelles il ne pourra répondre qu'au cours de l'audience de plaidoiries (si elle n'est pas omise).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'avocat et le renvoi préjudiciel : sa place et son rôle devant les juridictions nationales et la Cour de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

En principe, les observations écrites (un original et cinq copies) doivent normalement être transmises et reçues au greffe de la Cour de justice dans un délai de deux mois, augmenté du délai de distance de dix jours, courant à partir de la réception de la notification de la demande de décision préjudicielle soumise par la juridiction de renvoi.

Cependant, si la Cour de justice décide de faire usage de la « procédure accélérée » (ce qui suppose en principe une demande en ce sens de la juridiction de renvoi), ce délai peut être réduit, sans toutefois pouvoir être inférieur à quinze jours, tandis que, par ailleurs, il peut être demandé aux intéressés de limiter leurs observations écrites aux points de droit essentiels.

Par ailleurs, en cas d'utilisation par la Cour de la « procédure préjudicielle d'urgence » (ce qui suppose en principe une demande en ce sens de la juridiction de renvoi), la décision d'y recourir fixe le délai dans lequel peuvent être présentées les observations écrites, et la Cour peut préciser les points de droit sur lesquels elles doivent porter (et en fixer la longueur maximale). En cas d'extrême urgence, la Cour peut décider d'omettre la phase écrite de la procédure et ainsi d'empêcher la présentation d'observations écrites.

Après qu'il a reçu communication des observations écrites des autres intéressés (dont au moins celles de la Commission), l'avocat est invité à se prononcer sur la tenue d'une audience de plaidoiries. Il dispose d'un délai de trois semaines pour répondre à la sollicitation du greffe de la Cour de justice, qui l'informe de la clôture de la phase écrite de la procédure.

Si l'avocat souhaite, comme c'est normalement le cas, la tenue effective de l'audience de plaidoiries, il est alors tenu de présenter à la Cour de justice une demande motivée en ce sens. C'est l'intérêt d'une réponse aux éventuelles observations écrites d'une autre partie, de l'État membre concerné (ou d'autres États), le cas échéant de l'auteur ou des auteurs de l'acte, et, en tout cas, aux observations écrites de la Commission, qui détermine la position à prendre à cet égard. En effet, c'est seulement au cours de l'audience de plaidoiries que peut trouver place le contradictoire. Une telle demande motivée d'audience de plaidoiries doit alors mettre en lumière les divergences avec le contenu des observations écrites de ces autres intéressés.

La Cour de justice a la possibilité de décider de ne pas tenir d'audience de plaidoiries, qu'elle soit ou non saisie de demandes motivées en faveur de sa tenue, si elle s'estime suffisamment informée pour statuer à la lecture des observations écrites qu'elle a pu recevoir. Toutefois, si l'un des intéressés, dont une partie, qui n'a pas déposé d'observations écrites a présenté une demande motivée d'audience de plaidoiries, celle-ci devrait être maintenue ; le défaut de présentation d'observations écrites de la part de la partie que représente l'avocat peut trouver ici une compensation dont il est utile de connaître la possibilité.

Dans le cas où la Cour de justice choisit d'utiliser la procédure dite simplifiée, en statuant par voie d'ordonnance motivée, l'audience de plaidoiries

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'avocat et le renvoi préjudiciel : sa place et son rôle devant les juridictions nationales et la Cour de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

est omise. Les intéressés ne sont désormais plus consultés quant à l'utilisation de cette procédure dans aucune des hypothèses où elle est permise (réponse déjà disponible dans la jurisprudence, ou pouvant clairement être déduite de celle-ci, ou encore ne laissant place à aucun doute raisonnable).

L'audience de plaidoiries se tient de plein droit si la Cour de justice décide d'utiliser soit la « procédure accélérée », soit la « procédure préjudicielle d'urgence ».

La Cour peut, à tout moment, demander à la juridiction nationale qui l'a saisie des « éclaircissements » relatifs à sa demande de décision préjudicielle ; la réponse de la juridiction de renvoi est alors signifiée aux intéressés, dont les parties au principal. Les règles de la procédure nationale peuvent éventuellement permettre à l'avocat de se faire entendre avant l'adoption de la réponse qu'apportera normalement la juridiction auteure du renvoi. Si la demande d'éclaircissements et la réponse à celle-ci interviennent avant la présentation par l'avocat des observations écrites au nom de la partie qu'il représente, il doit pleinement en tenir compte pour leur rédaction.

B. – Dans la phase orale de la procédure

Vient alors, sauf si elle est omise, la phase orale de la procédure, qui comporte normalement une audience de plaidoiries et la présentation des conclusions de l'avocat général, qui en marque la fin. Elle ne comprend plus la présentation du rapport d'audience du juge rapporteur (qui était envoyé aux intéressés), désormais supprimée.

Ont la possibilité de présenter des observations orales les mêmes intéressés qui ont bénéficié de la faculté de présenter des observations écrites, même s'ils n'ont pas fait usage de cette faculté.

L'ordre dans lequel se déroule l'audition des intéressés est déterminé par la Cour de justice, et il est normalement celui-ci : les parties au principal, les États membres (et, le cas échéant, d'autres États), l'auteur ou les auteurs de l'acte (si le renvoi porte sur l'interprétation ou l'appréciation de validité d'un acte des institutions) et, enfin, la Commission.

Avant l'audience elle-même se déroule normalement un bref entretien entre les avocats (ou autres conseils), d'un côté, et les juges de la formation de jugement et l'avocat général, de l'autre, à l'occasion duquel ceux-ci peuvent, ensemble ou séparément, attirer l'attention des premiers sur certains points qu'ils souhaitent voir examinés au cours des plaidoiries.

La Cour limite le temps accordé à l'avocat pour sa plaidoirie : sa durée maximale est en principe fixée à quinze minutes devant une chambre à trois juges, et à vingt minutes devant les formations de jugement plus larges. Sur demande motivée de dépasser ces limites, adressée au greffe au moins quinze jours avant l'audience, une dérogation peut être accordée par la Cour, la réponse étant alors notifiée au demandeur une semaine au moins avant l'audience.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'avocat et le renvoi préjudiciel : sa place et son rôle devant les juridictions nationales et la Cour de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Ce temps de parole est, en principe, accordé à un seul avocat (plus largement, une seule personne) pour chaque partie au principal. Sur demande motivée adressée au greffe au moins deux semaines avant la date de l'audience, la Cour peut cependant accorder une dérogation acceptant la plaidoirie d'une seconde personne, ce qui implique alors un partage du temps de parole dans la limite qui demeure applicable.

L'avocat est tenu de plaider dans la langue de procédure, son intervention faisant l'objet d'une interprétation simultanée vers les autres langues ; en principe, les autres intéressés utilisent également la langue de procédure pour présenter leurs observations. L'avocat doit plaider en robe.

Sachant que les juges et l'avocat général peuvent suivre la plaidoirie dans une langue autre que la langue de procédure, l'interprétation emporte un certain nombre de contraintes : limitation de la vitesse d'élocution, annonce du plan suivi, recours à des termes simples et à des phrases courtes. Afin de faciliter la tâche des interprètes, il est recommandé à l'avocat de communiquer par avance la structure ou le texte de sa plaidoirie à la Direction de l'interprétation de la Cour.

Cette plaidoirie a pour objet principal de prendre position par rapport aux propositions de réponse et de rétorquer autant que nécessaire aux arguments figurant dans les observations écrites qui ont été soumises par d'autres intéressés et toujours au moins par la Commission.

Le juge rapporteur ou l'avocat général ont la possibilité de faire parvenir aux intéressés, avant l'audience, des questions en vue d'une réponse à l'audience, et il convient alors, le cas échéant, que l'avocat prenne en compte une telle sollicitation.

Les juges et l'avocat général ont la possibilité de poser des questions à l'issue de la plaidoirie, voire en provoquant une interruption de celle-ci. Ils peuvent le faire, pour chacun d'entre eux, dans la langue de procédure (et ainsi dans la langue de la plaidoirie) ou dans une autre langue dont l'usage est permis ; l'avocat apporte cependant réponse à ces questions dans la langue de procédure.

Enfin, l'avocat peut présenter une brève réplique après la présentation d'observations orales par d'autres intéressés ; le temps utilisé à cet effet n'est pas pris en compte dans l'allocation du temps de plaidoirie.

Si elles ne sont pas omises, par choix de la Cour de justice ou en raison de l'usage d'une procédure particulière, les conclusions de l'avocat général sont présentées à l'occasion d'une audience qui se tient postérieurement à l'audience de plaidoiries. En réalité, seule est présentée leur partie finale, qui comporte une proposition de réponse à la question ou aux questions soumises à la Cour (ou, éventuellement, une proposition de rejet d'un renvoi irrecevable). Elles sont immédiatement accessibles sur le site de la Cour de justice, tout au moins dans la langue de procédure et en français.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'avocat et le renvoi préjudiciel : sa place et son rôle devant les juridictions nationales et la Cour de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

La Cour de justice a choisi de ne pas accorder la possibilité à une partie (ou à un autre intéressé) de répondre aux conclusions de l'avocat général. Cependant, l'avocat d'une partie a toujours la possibilité de demander à la Cour la réouverture de la phase orale de la procédure (que la Cour peut aussi décider de son propre mouvement). Une décision de réouverture peut alors intervenir, notamment, lorsque l'affaire devrait être tranchée sur la base d'un argument qui n'a pas été débattu entre les intéressés, spécialement parce qu'il est envisagé par l'avocat général dans ses conclusions. Plus généralement, la demande de réouverture de la phase orale est un moyen, et le seul utilisable, de tenter d'obtenir la possibilité de discuter les conclusions de l'avocat général (ou sa prise de position dans la procédure accélérée ou dans la procédure préjudicielle d'urgence).

Pour l'accomplissement de sa mission, l'avocat peut utilement se référer à deux instruments : le « Guide aux conseils » (9), d'une part, et les « Conseils pratiques aux avocats dans le cadre des renvois préjudiciels » (10), d'autre part.

Largement ignoré par les règles applicables au renvoi préjudiciel, l'avocat est ainsi appelé à jouer un rôle de premier plan dans le prétoire du plateau du Kirchberg, d'abord dans la phase écrite de la procédure, puis, au moment où peut trouver sa place le contradictoire, dans la phase orale, dont il doit veiller à ménager la possibilité de sa tenue effective.

(9) *Guide aux conseils*, publié par la Cour de justice en février 2009, accessible sur son site curia.europa.eu. Ou directement à l'adresse : www.curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_8086/frguide-aux-conseils.

(10) Mis en ligne par la délégation permanente auprès de la Cour de justice du Conseil des barreaux européens (CCBE) sur son site : www.ccbe.org.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'avocat et le renvoi préjudiciel : sa place et son rôle devant les juridictions nationales et la Cour de justice
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

L'INVOCABILITÉ DES ACCORDS INTERNATIONAUX : CONDITION DE L'APPLICATION DES ACCORDS INTERNATIONAUX DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE

Joël RIDEAU

Professeur émérite de l'Université de Nice – Sophia Antipolis
Membre honoraire de l'Institut universitaire de France

Les travaux de Claude Blumann ont contribué largement à l'étude de l'ordre juridique communautaire, puis de l'ordre juridique de l'Union européenne. Il semble à ce titre justifié de participer à l'hommage que le présent ouvrage entend lui rendre par une contribution consacrée à l'invocabilité des accords internationaux apparaissant parfois comme une barrière à l'application du droit international dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

La finalité de défense de l'ordre juridique transparaît dans différentes lignes de jurisprudence convergentes dont l'invocabilité constitue un volet. Ces lignes témoignent de la volonté de la Cour de justice de l'Union européenne (antérieurement des Communautés européennes) de contrôler la pénétration et l'application du droit international dans l'ordre juridique de l'Union européenne, tout en admettant que l'Union doive respecter le droit international dans l'exercice de ses compétences (1) et en témoignant de manière plus large d'une certaine ouverture à ce droit. Cette volonté a parfois été présentée comme inscrite dans un processus de « domestication » du droit international (2).

Cette volonté est d'autant plus remarquable que les positions jurisprudentielles se sont construites pour l'essentiel en l'absence d'indications dans les traités de base (3). Les traités constitutifs des Communautés européennes se bornaient à prévoir la possibilité d'un contrôle de compatibilité des accords internationaux (actuel art. 218, § 11, TFUE) et à affirmer que les

(1) C.J.C.E., 24 novembre 1992, *Poulsen et Diva Navigation*, aff. C-286/90, *Rec.*, p. I-6019, pt 9 ; C.J.C.E., 16 juin 1998, *Racke*, aff. C-162/96, *Rec.*, p. I-3655, pt 45 ; C.J.C.E., 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, aff. C-308/06, *Rec.*, p. I-4057, pt 51 ; C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, pt 291.

(2) J. Malenovsky, « La contribution ambivalente de la Cour de justice à la saga centenaire de la domestication du droit international public », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 25.

(3) Il en va d'ailleurs souvent de même dans les constitutions des États, silencieuses ou peu prolixes sur le droit international en dehors de rares exceptions.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

accords conclus par la Communauté liaient les institutions et les États (actuel art. 216, § 2, TFUE). Aucune des révisions intervenues depuis n'a modifié la situation, et les traités de base actuels (TUE et TFUE) n'en disent guère plus après le Traité de Lisbonne, sinon qu'ils ont substitué la personnalité juridique internationale de l'Union européenne à celle de la Communauté européenne (art. 47 TUE) et qu'ils se réfèrent de manière générale au développement et au respect du droit international (art. 3, § 5, TUE ; art. 21, § 1er, TUE).

La continuité de la jurisprudence sur les relations avec le droit international est d'autant plus significative qu'elle a persisté malgré tous les changements intervenus dans la composition de la Cour de justice du fait des élargissements successifs des Communautés et de l'Union européenne avec le passage, par étapes, de six États membres à vingt-huit.

La Cour est restée fidèle aux lignes de force largement imprégnées par l'influence exercée au sein de la Cour dans ce domaine par le juge Pierre Pescatore (4) dans les années 1960 et 1970 au cours desquelles ont été adoptées les positions les plus caractéristiques qui demeurent des parties intégrantes de son capital génétique.

Cette politique jurisprudentielle témoigne de la volonté du juge de l'Union européenne de jouer dans les silences des traités le rôle d'un constituant de substitution décidé, en exerçant ses responsabilités, à préserver l'autonomie de la construction européenne à l'égard du droit international, quitte à faire preuve d'un dualisme contrastant avec son monisme rigoureux (et parfois exacerbé) dominant sa conception des relations entre le droit de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux.

Cette volonté s'est manifestée d'abord dans l'évolution de la qualification de la construction européenne. La Cour de justice avait, dans un premier temps, qualifié l'ordre juridique communautaire de « nouvel ordre international » (5). Elle a, très rapidement, abandonné la référence à l'international pour évoquer un « ordre juridique propre » (6). Outre les formules déjà citées, la Cour de justice a utilisé l'expression de « pouvoir public commun » (7).

Sur un autre plan, elle a joué au stade de l'engagement de l'Union européenne au regard du droit international comme en témoignent :

– les positions adoptées par la Cour dans l'exercice du contrôle de compatibilité préalable sur les accords avant leur conclusion (art. 218, § 11, TUE) se traduisant notamment par l'adoption d'avis négatifs à

(4) Voy., en particulier, P. Pescatore, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1972, réédité par coll. Droit de l'Union européenne-Grands écrits, Bruxelles, Bruylant, 2005.

(5) C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. C-26/62, *Rec.*, p. 3, spéc. p. 23.

(6) C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa*, aff. C-6/64, *Rec.*, 1964, p. 1194, spéc. p. 158.

(7) C.J.C.E., 14 novembre 1978, délibération 1/78, *Rec.*, 1978, p. 2178, pt 27.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'encontre d'accords internationaux tendant à mettre en place des mécanismes juridictionnels considérés comme potentiellement dangereux pour le système de l'Union (en dernier lieu l'avis 2/13 du 18 décembre 2014 sur l'adhésion de l'UE à la C.E.D.H.) ;
– le fait que la Cour se soit reconnue compétente pour exercer un contrôle postérieur des accords internationaux non prévu par les traités à travers leurs actes de conclusion ou d'exécution ;
– les cas limités dans lesquels la Cour a accepté l'existence de successions de l'Union aux obligations de ses États membres en vertu de traités antérieurs.

On retrouve la même volonté de la Cour au stade de l'application du droit international :

– dans la place reconnue au droit international dans les sources du droit de l'Union lui attribuant une valeur inférieure au droit primaire ;
– dans l'acceptation limitée du jeu des principes de droit international dans l'ordre juridique de l'Union ;
– enfin, dans sa jurisprudence sur l'invocabilité des accords internationaux, objet de cette étude (8).

La Cour s'est, pour l'essentiel, prononcée sur l'invocabilité des accords internationaux en retenant des critères sur la base desquels elle reconnaît ou refuse cette invocabilité (9). La perception du phénomène a été marquée par une confusion de l'invocabilité (terme spécifique retenu à dessein dans un souci de clarification) avec l'effet direct du droit communautaire, qui a touché la Cour, influencée par le cadre procédural des premières affaires, et la doctrine. Si la Cour a su sortir de cette confusion, il n'est, par contre, pas certain qu'une partie de la doctrine ne soit pas encore marquée par la confusion originelle.

Il ne semble donc pas inutile de rappeler que ces deux notions, bien que voisines dans leur finalité, présentent toutefois des différences objectives : l'effet direct joue au sein d'un ordre juridique autonome dans le cadre de rapports avec les ordres juridiques nationaux alors que l'ordre juridique international est un ordre externe et distinct et que l'invocabilité met en jeu ses relations aussi bien avec l'ordre juridique de l'Union qu'avec les ordres nationaux ; l'effet direct concerne les dispositions des traités, ou certains actes de l'Union, alors que les accords internationaux sont conclus avec des tiers ; les traités sur lesquels repose l'Union ont des objectifs étendus, tandis que les accords ont des finalités plus restreintes ; les juridictions concernées

(8) Voy. J. Dutheil de La Rochère, « L'effet direct des accords internationaux », in *La Cour de justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, The Hague, TMC Asser Press, Springer, 2013, p. 637. E. Neframi, « Accords internationaux », *J.Cl. Europe*, fasc. 192, Paris, LexisNexis, §§ 154-176 ; J. Rideau, « Accords internationaux », *Répertoire de droit communautaire*, Paris, Dalloz, §§ 510-577.

(9) La jurisprudence sur l'invocabilité des coutumes internationales est moins développée. Voy., sur ce point, C.J.U.E., gde ch., 21 décembre 2011, *Air Transport Association*, aff. C-366/10, *Rec.*, p. I-1375, et les concl. de J. Kokott.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

par l'effet direct sont les juridictions nationales alors que l'invocabilité concerne aussi bien les juridictions de l'Union européenne que les juridictions nationales ; l'effet direct permet aux particuliers d'invoquer des dispositions du droit de l'Union à l'encontre des États et parfois d'autres particuliers, alors que l'invocabilité joue, selon des critères différents de ceux de l'effet direct, pour l'ensemble des justiciables à l'encontre des institutions, mais aussi des États.

Les positions adoptées par la Cour témoignent dans l'ensemble d'une approche plutôt restrictive dégagée d'abord pour le GATT et transposée à l'O.M.C., contrastant avec l'admission beaucoup plus large de l'invocabilité des dispositions des accords bilatéraux. La Cour a ultérieurement confirmé ses exigences pour d'autres conventions multilatérales que le GATT et l'O.M.C. (10)

I. – Position du problème et méthode de la Cour

La Cour considère que les accords internationaux conclus avec des États tiers forment, dès leur entrée en vigueur, partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union européenne (11). De ce fait, les accords ont vocation à être des sources de droit dans cet ordre juridique.

Il est incontestable que les accords internationaux conclus par l'Union ou la liant l'obligent sur le plan international et que l'Union européenne, lorsqu'elle adopte un acte, est tenue de respecter le droit international dans son ensemble, y compris le droit international coutumier qui lie les institutions (12). Cependant les accords n'étant pas toujours invocables dans

(10) Voy. J. Kokott, « International Law – A neglected "integral" part of the EU legal order ? Newer tendencies in the European Court of Justice's case-law on the relationship between EU law and public international law », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, *op. cit.*, p. 61.

(11) C.J.C.E., 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. C-181/73, *Rec.*, p. 449, pt 5 ; C.J.C.E., 30 septembre 1987, *Demirel*, 12/86, *Rec.*, p. 3719, pt 7 ; C.J.C.E., 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA*, aff. C-344/04, *Rec.*, p. I-403, pt 36 ; C.J.U.E., 25 février 2010, *Brita*, aff. C-386/08, *Rec.*, p. I-1289, pt 39 ; C.J.U.E., 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie*, aff. C-240/09, *Rec.*, p. I-1255, pt 30.

(12) Voy., en ce sens, C.J.C.E., 24 novembre 1992, *Poulsen et Diva Navigation*, aff. C-286/90, *Rec.*, p. I-6019, pts 9 et 10 ; C.J.C.E., 16 juin 1998, *Racke*, aff. C-162/96, *Rec.*, p. I-3655, pts 45 et 46 ; C.J.U.E., 21 décembre 2011, *Air Transport Association*, aff. C-366/10, préc., pt 101. La Cour, après avoir déterminé les principes applicables a ajouté que, « [p]artant, même si les principes en cause apparaissent n'avoir pour portée que de créer des obligations entre États, il ne saurait pour autant être exclu, dans des circonstances telles que celles de l'affaire dont est saisie la juridiction de renvoi, dans laquelle la directive 2008/101 est susceptible de créer des obligations au regard du droit de l'Union dans le chef des requérantes au principal, que ces dernières puissent invoquer lesdits principes et que la Cour puisse ainsi examiner la validité de cette directive au regard de tels principes [...] dès lors qu'un principe du droit international coutumier ne revêt pas le même degré de précision qu'une disposition d'un accord international, le contrôle juridictionnel doit nécessairement se limiter au point de savoir si les institutions de l'Union, en adoptant l'acte en cause, ont commis des erreurs manifestes d'appréciation quant aux conditions d'application de ces principes » (pt 110).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

l'ordre juridique de l'Union ne sont pas systématiquement des sources directes de droit dans cet ordre juridique.

Les positions adoptées par la Cour sur l'invocabilité sont évidemment liées au pouvoir d'interprétation que s'est reconnu la Cour à l'égard de ces accords et qui s'inscrit dans le contexte plus large du rôle d'interprétation authentique qu'elle exerce dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

Il est à cet égard regrettable que la Cour ait cru devoir dans certaines affaires préjudicielles justifier sa compétence par l'assimilation des accords à des actes pris par les institutions (13), ce qu'ils ne sont à l'évidence pas. La Cour n'a cependant pas utilisé systématiquement cette justification réservée pour l'essentiel à certaines de ses interventions en réponse à des questions préjudicielles. Elle ne s'en sert en principe pas dans les recours directs. Elle a parfois justifié son pouvoir par la nécessité d'assurer une application uniforme des accords (14). Elle aurait pu éviter l'assimilation contestable des accords à des actes des institutions en fondant sa compétence sur la disposition qui la charge d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités » (actuellement art. 19, § 1er, al. 1er, TUE).

La Cour a été amenée au fil des affaires à définir sa méthode pour déterminer si un accord est invocable ou non dans l'ordre juridique de l'Union européenne et, par voie de conséquence, dans les ordres juridiques des États membres (15).

Cette recherche est nécessairement conditionnée par l'examen préalable de la situation de l'Union européenne par rapport à l'accord. Celui-ci doit lier l'Union. L'Union sera liée si elle a conclu l'accord (seule ou avec ses États membres). Elle peut l'être aussi par le jeu de la succession (16) de l'Union aux obligations de ses États membres (comme ce fut le cas pour le GATT) (17), la Cour étant alors appelée à se prononcer sur la réalité de la succession qu'elle pourra éventuellement ne pas retenir si l'Union n'a pas exercé toutes les compétences attribuées à ses États membres. La succession suppose, en outre, l'approbation des États tiers cocontractants de l'accord considéré.

---

(13) Voy. C.J.C.E., 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. C-181/73, préc., att. 4 et 5. Voy. également C.J.C.E., 14 décembre 1991, avis 1/91, *Rec.*, p. I-6079, projet d'accord entre la Communauté et les pays de l'AELE, pt 38.

(14) C.J.C.E., 26 octobre 1982, *Kupferberg*, aff. C-104/81, *Rec.*, p. 364, pt 14 ; C.J.C.E., 16 mars 1983, *SPI et SAMI*, aff. jtes C-267 à 269/81, *Rec.*, p. 801, pt 14.

(15) Voy., en particulier, sur la méthode de la Cour : C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Co. e.a.*, aff. jtes C-21/72 à 24/72, *Rec., p. 1219* ; C.J.C.E., 26 octobre 1982, *Kupferberg*, aff. C-104/81, préc. ; C.J.C.E., 30 septembre 1987, *Demirel*, aff. C-12/86, *Rec.*, p. 3719 et les concl. Darmon. Plus récemment C.J.U.E., 21 décembre 2011, *Air Transport Association*, aff. C-366/10, *Rec.*, p. I-1375, pts 49-51.

(16) Appelée parfois théorie de la succession fonctionnelle et mise en œuvre pour la première fois à propos du GATT par l'arrêt *International Fruit Company III*, préc.

(17) Et non par l'application de l'art. 351 TFUE, concernant les conventions antérieures conclues par les États membres, qui ne prévoit pas qu'elles lient l'Union.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Si l'examen est positif, la Cour s'intéresse alors à la volonté des parties à l'accord : « Conformément aux principes du droit international, les institutions communautaires qui sont compétentes pour négocier et conclure un accord avec un pays tiers sont libres de convenir avec celui-ci des effets que les dispositions de l'accord doivent produire dans l'ordre interne des parties contractantes. Ce n'est que si cette question n'a pas été réglée par l'accord qu'il incombe aux juridictions compétentes et en particulier à la Cour, dans le cadre de sa compétence en vertu du traité, de la trancher au même titre que toute autre question d'interprétation relative à l'application de l'accord dans la Communauté » (18). Pour la Cour, « selon les règles générales du droit international, tout accord doit être exécuté de bonne foi par les parties. Si chacune des parties contractantes est responsable de l'exécution complète des engagements qu'elle a souscrits, il lui appartient, en revanche, de déterminer les moyens de droit propres à atteindre cette fin dans son ordre juridique, à moins que l'accord, interprété à la lumière de son objet et de son but, ne détermine, lui-même, ces moyens » (19). Les parties peuvent, selon les cas, prévoir l'invocabilité de l'accord ou de certaines de ses dispositions ou, au contraire, l'exclure.

Dans la plupart des cas, une telle volonté n'est pas clairement exprimée et il n'est pas toujours évident pour les juridictions compétentes – en l'occurrence, la Cour – de pouvoir la dégager des dispositions de l'accord en question.

Faute d'une manifestation de volonté, la Cour examinera « la nature, l'économie et les termes » de l'accord (20) pour déterminer, après cette analyse globale, si les éléments relevés (nécessairement variables selon les cas) la conduisent à admettre la possibilité d'une invocabilité de l'accord ou à l'exclure. C'est ainsi, en fonction d'une analyse fondée sur la souplesse du GATT et aujourd'hui de l'O.M.C. (liée aux négociations entre les États et à la réciprocité et aux avantages mutuels sur lesquels ils reposent), que la Cour a écarté l'invocabilité de ces accords (21). Si l'analyse globale opérée n'exclut pas l'invocabilité, la Cour se prononcera sur le caractère inconditionnel ou

(18) C.J.C.E., 26 octobre 1982, *Kupferberg*, aff. C-104/81, préc., pt 17.

(19) C.J.C.E., 26 octobre 1982, *Kupferberg*, préc., pt 18.

(20) C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Co. e.a.*, aff. jtes C-21/72 à 24/72, *Rec., p. 1219,* pt 20. Voy. également avec des formules variables : C.J.C.E., 26 octobre 1982, *Kupferberg*, aff. C-104/81, préc., pt 18 ; C.J.C.E., 5 octobre 1994, *Portugal c. Conseil*, aff. C-280/93, *Rec.*, p. I-4973, pt 110 ; C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies c. Conseil et Commission*, aff. jtes C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec.*, p. I-6513, pt 108.

(21) C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Co. e.a.*, aff. jtes C-21/72 à 24/72, préc., pts 19-27 ; C.J.C.E., 5 octobre 1994, *Portugal c. Conseil*, aff. C-280/93, préc., pts 106-109 ; C.J.C.E., 12 décembre 1995, *Chiquita Italia*, aff. C-469/93, *Rec.*, p. I-4533, pts 26-29 ; C.J.C.E., Ass. plén., 30 septembre 2003, *Biret International c. Conseil*, aff. C-93/02 P, *Rec.*, p. I-10497, pt 52 ; C.J.C.E., Ass. plén., 30 septembre 2003, *Biret et Cie S.A. c. Conseil*, aff. C-94/02 P, *Rec.*, p. I-10565, pt 55 ; C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, aff. C-149/96, *Rec.*, p. I-8395, en particulier pts 34 et s. ; C.J.C.E., 1er mars 2005, *Van Parys*, aff. C-377/02, *Rec.*, p. I-1465, pt 39 ; C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies c. Conseil et Commission*, aff. jtes C-120/06 P et C-121/06 P, préc., pt 111.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

non de la disposition en cause (22). Si l'obligation est inconditionnelle, elle sera invocable devant les juges de l'Union européenne et pourra servir de paramètre dans l'examen par la Cour des actes des institutions soit au titre des recours directs, soit en matière d'appréciation de validité sur renvoi des juridictions nationales. L'examen s'impose aussi pour déterminer si des particuliers peuvent se prévaloir de dispositions d'accords conclus par l'Union européenne ou la liant à l'encontre de mesures nationales (23).

S'agissant de particuliers, la Cour a, dans certains cas, selon une nouvelle approche, signalée par M^me^ Kokott (24), recherché si les accords invoqués créaient ou non des droits à leur profit, en donnant ainsi une nouvelle dimension à la notion de « nature et économie » de la convention examinée (25). Cette référence aux droits est, par contre, familière dans la jurisprudence concernant les accords bilatéraux (26) ou les accords en matière d'environnement (27).

Il arrive à la Cour d'opposer l'absence d'invocabilité aux États sans tenir compte de leur qualité de requérants privilégiés (28). Elle a toutefois semblé leur reconnaître un statut particulier en admettant incidemment la recevabilité du recours d'un État contre une directive considérée par lui comme contraire aux obligations de droit international : « À supposer que, comme le Conseil le soutient, la CDB (Convention sur la diversité biologique) contienne des dispositions dépourvues d'effet direct, en ce sens qu'elles ne créeraient pas de droits que les particuliers pourraient invoquer directement en justice, cette circonstance ne constituerait pas un obstacle au contrôle par le juge du respect des obligations qui s'imposent à la Communauté en tant que partie à cet accord » (29). On peut toutefois se demander si cette formule ne pourrait pas être aussi appliquée aux recours

(22) C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Co e.a.*, aff. jtes C-21/72 à 24/72, préc., pts 8 et 9.

(23) Voy., p. ex., C.J.C.E., 15 juillet 2004, *Pêcheurs de l'étang de Berre*, aff. C-213/03, *Rec.*, p. I-7357, pts 47 et s.

(24) Voy. J. Kokott, « International law – A neglected "integral" part of the EU legal order ? Newer tendencies in the European Court of Justice's case-law on the relationship between EU law and public international law », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, *op. cit.*, p. 61, spéc. pp. 75 et s.

(25) Le point de départ semble avoir été l'arrêt dans l'affaire *IATA et ELFAA* (C.J.C.E., 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA*, aff. C-344/04, préc., pt 39). Elle s'est surtout manifestée dans l'arrêt *Intertanko* (C.J.C.E., 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, aff. C-308/06, préc., pts 54-65, spéc. pt 64) et moins nettement dans l'arrêt dans l'affaire *ATAA* (C.J.U.E., 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America*, aff. C-366/10, préc., pt 84).

(26) Voy. M. Maresceau, « The Court of Justice and bilateral agreements », in *La Cour de justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, *op. cit.*, 2013, p. 693.

(27) C.J.C.E., 15 juillet 2004, *Pêcheurs de l'étang de Berre*, aff. C-213/03, préc.

(28) C.J.C.E., 5 octobre 1994, *Allemagne c. Conseil de l'UE*, aff. C-280/93, préc. ; C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, aff. C-149/96, préc. ; C.J.C.E., 22 novembre 2001, *Pays-Bas c. Conseil de l'UE*, aff. C-301/97, *Rec.*, p. I-8853, pts 53-56.

(29) C.J.C.E., 9 octobre 2001, *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, aff. C-377/98, *Rec.*, p. I-7079, pt 54.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

des particuliers qui pourraient agir pour mettre en cause le non-respect de ses obligations par l'Union.

L'existence d'accords mixtes conclus par l'Union européenne et ses États membres pose des problèmes spécifiques dans la mesure où les dispositions de ces accords entrent dans les compétences de l'Union, mais aussi dans celles des États membres sans que le partage entre ces domaines, et donc entre les compétences respectives de la Cour et des juridictions nationales, soit toujours établi clairement. Dans l'affaire *Demirel* (30), la Cour a affirmé sa compétence pour interpréter les dispositions communautaires d'un accord mixte. Dans l'affaire *Hermès*, la Cour s'est déclarée compétente pour interpréter l'accord TRIPs en considérant que, « lorsqu'une disposition peut trouver à s'appliquer aussi bien à des situations relevant du droit national qu'à des situations relevant du droit communautaire, il existe un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, cette disposition reçoive une interprétation uniforme » (31). Dans l'affaire *Dior*, la Cour a accepté d'interpréter la disposition en cause de l'accord TRIPs, mais a refusé de se prononcer sur son effet direct (32). Dans l'affaire *Merck*, la Cour a jugé qu'il convenait « de répondre aux questions posées qu'en l'état actuel de la réglementation communautaire dans le domaine des brevets, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que l'article 33 de l'accord ADPIC soit directement appliqué par une juridiction nationale dans les conditions prévues par le droit national » (33).

II. – La jurisprudence sur le GATT

La question de l'invocabilité des accords internationaux n'est apparue que tardivement dans la jurisprudence, puisqu'il faut attendre l'arrêt dans l'affaire *International Fruit Company III* (34) pour qu'elle surgisse dans le prétoire de la Cour à propos du GATT.

Dans l'affaire *International Fruit Company III*, la Cour a d'abord établi, en répondant au juge néerlandais qui l'interrogeait sur la possibilité d'apprécier la validité d'un règlement communautaire par rapport au GATT, que la Communauté était liée par le GATT par le jeu de la succession de la Communauté aux obligations de ses États membres. Après avoir affirmé « que, dans le cas où l'invalidité est invoquée devant une juridiction nationale, il faut en outre que cette disposition soit de nature à engendrer pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir en justice », la Cour a conclu négativement sur ce point à la suite d'un examen de l'esprit, de l'économie

(30) C.J.C.E., 30 septembre 1987, *Demirel*, aff. C-12/86, préc.
(31) C.J.C.E., 16 juin 1998, *Hermès International*, aff. C-53/96, *Rec.*, p. I-3603.
(32) C.J.C.E., 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior*, aff. jtes C-390 et 392/98, *Rec.*, p. I-11307.
(33) C.J.C.E., 11 septembre 2007, *Merck Genéricos Produtos Farmacêuticos*, aff. C-431/05, *Rec.*, p. I-7001.
(34) C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Co. e.a.*, aff. jtes C-21/72-24/72, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

et des termes de l'accord général. Cette position de la Cour a été par la suite confirmée de façon constante (35).

D'abord perçue comme liée à des contentieux nationaux remontant à la Cour par la voie préjudicielle, la question a acquis une autre dimension à l'occasion de recours directs donnant lieu à des arrêts dans lesquels la Cour a étendu avec des nuances la condition de l'invocabilité à des recours introduits par des particuliers contre des actes communautaires (36), mais aussi par des États (37), en excluant la possibilité de contrôler la légalité des actes attaqués par rapport au GATT et plus généralement les mises en cause fondées sur celui-ci. La Cour a toutefois réservé les hypothèses dans lesquelles la Communauté a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre du GATT ou lorsque l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises du GATT. Cette jurisprudence, transposée à l'O.M.C. et, par la suite, à d'autres conventions, atténue donc les conséquences jurisprudentielles de l'absence d'invocabilité d'un accord, mais demeure d'une application limitée (38).

III. – Le cas des accords bilatéraux

L'application des critères dégagés par la Cour pour statuer sur l'invocabilité des accords bilatéraux révèle une tout autre situation sur laquelle, en raison de contraintes évidentes, on évitera d'approfondir les analyses (39). La Cour a développé une jurisprudence abondante sur les différents types d'accords bilatéraux conclus par la Communauté (accords d'association, de coopération, de partenariat, de commerce) en admettant leur capacité à contenir des dispositions invocables (40). Dans la plupart des cas, il s'agit d'affaires dans lesquelles étaient mis en cause des actes nationaux.

---

(35) Voy., p. ex., C.J.C.E., 16 mars 1983, *Administration des finances de l'État c. SPI et SAMI*, aff. jtes C-267-269/81, préc. ; C.J.C.E., 16 mars 1983, *Singer et Geigy c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, aff. jtes C-290-291/81, *Rec.*, p. 847 ; C.J.C.E., 5 octobre 1994, *Allemagne c. Conseil de l'UE*, aff. C-280/93, préc. ; C.J.C.E., 12 décembre 1995, *Chiquita Italia*, aff. C-469/93, *Rec.*, p. I-4533.

(36) C.J.C.E., 22 juin 1989, *Fediol IV c. Commission*, aff. C-70/87, *Rec.*, p. 1781 ; C.J.C.E., 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co Ltd. c. Conseil*, *Rec.*, p. I-2069, pt 28.

(37) C.J.C.E., 5 octobre 1994, *Allemagne c. Conseil de l'UE*, aff. C-280/93, préc. ; C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, aff. C-149/96, préc. ; C.J.C.E., 22 novembre 2001, *Pays-Bas c. Conseil de l'UE*, aff. C-301/97, préc.

(38) Voy., p. ex., TPI, 3 février 2005, *Chiquita Brands e.a. c. Commission*, aff. T-19/01, *Rec.*, p. II-315, pts 117 et s. ; C.J.C.E., 1er mars 2005, *Léon Van Parys NV*, aff. C-377/02, *Rec.*, p. I-1465, pts 40 et s. ; voy. également TPI, 17 septembre 2007, *Microsoft c. Commission*, aff. T-201/04, *Rec.*, p. II-360, pts 801-802, 1189-1190, 1192.

(39) Voy. M. Maresceau, « The Court of Justice and bilateral agreements », in *La Cour de justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, *op. cit.*, 2013, p. 693.

(40) Voy., p. ex., C.J.C.E., 30 septembre 1987, *Demirel*, aff. C-12/86, préc., pt 14 ; C.J.C.E., 31 janvier 1991, *Kziber*, aff. C-18/90, *Rec.*, p. I-199, pts 15-23 ; C.J.C.E., 29 janvier 2002, *Pokrzeptowicz-Meyer*, aff. C-162/00, *Rec.*, p. I-1049, pts 19-30 ; C.J.C.E., 12 avril 2005, *Simutenkov*, aff. C-265/03, *Rec.*, p. I-2579, pts 22-29 ; C.J.C.E., 9 décembre 2010, *Toprak et Oguz*, aff. jtes C-300/09 et C-301/09, *Rec.*, p. I-12845.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Les conditions générales s'appliquent sans doute à ces accords. Ils doivent lier l'Union européenne. La Cour peut éventuellement être amenée à tenir compte de la volonté exprimée par les parties (on évoquera, à cet égard, le fait que certains accords récents ont exclu l'effet direct, ainsi les accords de libre-échange avec la Corée, la Colombie et le Pérou). Dans les cas traités par la Cour, la référence à l'objet et au but des accords est pour l'essentiel purement formelle et n'a donc pas servi de justification à des refus d'invocabilité (41). Les décisions sur l'invocabilité de ces accords dépendent, en effet, pour l'essentiel de la reconnaissance par la Cour du caractère inconditionnel et précis des dispositions en cause.

Il faut rapprocher de ces positions la reconnaissance par la Cour de l'invocabilité de décisions adoptées par des conseils établis par les accords (42).

IV. – L'application à l'O.M.C. des positions adoptées à propos du GATT

La naissance de l'O.M.C. aurait pu entraîner une évolution, compte tenu de la réduction de la souplesse par rapport aux dispositions de l'accord général.

La Cour s'est d'abord abstenue de se prononcer à propos du TRIPs, malgré les incitations de l'avocat général Tesauro, en interprétant la disposition en cause (43).

La Cour a ultérieurement écarté l'invocabilité des accords O.M.C. dans un arrêt *Portugal c. Conseil* (44). Elle a invoqué la nécessité de préserver la capacité de négociation des organes législatifs ou exécutifs des parties contractantes en constatant que les accords O.M.C., interprétés à la lumière de leur objet et de leur but, ne déterminaient pas les moyens de droit propres à assurer leur exécution de bonne foi dans l'ordre juridique interne des parties contractantes. Elle a ajouté que l'accord O.M.C. restait fondé, comme l'était le GATT, sur le principe de négociations entreprises sur

(41) Voy. F. Jacobs, « Direct effect and interpretation of international agreements in the recent case-law of the European Court of Justice », in A. Dashwood et M. Maresceau (dir.), *Law and Practice of EU External Relations. Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 13 ; J. Dutheil de La Rochère, « L'effet direct des accords internationaux », in *La Cour de justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 637, spéc. pp. 643 et s.

(42) Voy., p. ex., C.J.C.E., 14 mars 2000, *KICAK*, aff. jtes C-102/98 et C-211/98, *Rec.*, p. I-2685 ; C.J.C.E., 7 juillet 2005, *Gürol*, aff. C-374/03, *Rec.*, p. I-6199.

(43) C.J.C.E., 16 juin 1998, *Hermès International BV*, aff. C-53/96, préc. Voy. également, C.J.C.E., 14 décembre 2000, *Dior e.a.*, aff. jtes C-300/98 et C-392/98, préc. Voy., en sens inverse des concl. de Tesauro, les concl. de l'Av. gén. Cosmas sous l'arrêt C.J.C.E., 17 juillet 1997, *Affish BV*, aff. C-183/95, *Rec.*, p. I-4315 et de l'Av. gén. Elmer sous l'arrêt C.J.C.E., 10 mars 1998, *T. Port GmbH & Co*, aff. jtes C-364/95 et C-365/95, *Rec.*, p. I-1023.

(44) C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, aff. C-149/96, préc. Voy. également, C.J.C.E., 9 octobre 2001, *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, aff. C-377/98, préc. TPI, 28 septembre 1999, *Fruchthandelsgesellschaft Chemnitz c. Commission*, aff. T-254/97, *Rec.*, p. II-2743. Voy., pour l'accord TRIPs, C.J.C.E., 13 septembre 2001, *Schieving-Nijstadt*, aff. C-89/99, *Rec.*, p. I-5851.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

« une base de réciprocité et d'avantages mutuels » et se distinguait ainsi des accords conclus par la Communauté avec des pays tiers instaurant une certaine asymétrie des obligations ou créant des relations spéciales d'intégration avec la Communauté. Elle y a ajouté la constatation que les partenaires les plus importants de la Communauté ne faisaient pas figurer les normes de l'O.M.C. parmi les normes au regard desquelles leurs organes juridictionnels contrôlent la légalité de leurs règles de droit internes. Sans proclamer l'existence d'un lien absolu entre l'absence de la reconnaissance de l'applicabilité directe par l'une des parties alors qu'une autre l'accepterait et l'absence de réciprocité, la Cour a relevé le risque d'aboutir à un déséquilibre dans l'application des règles de l'O.M.C. Elle a donc écarté l'intervention du juge communautaire pour assurer le contrôle de la conformité du droit communautaire au droit de l'O.M.C. Elle a, en outre, rappelé le dernier considérant du préambule de la décision 94/800 du Conseil, aux termes duquel, « par sa nature, l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et des États membres ». Elle s'est bornée à mentionner la jurisprudence *Nakajima* apportant une possibilité d'atténuation à l'absence d'invocabilité sans considérer que les conditions de sa mise en œuvre étaient remplies (45).

Les juges communautaires ont considéré que les règles du GATT de 1994 intégrées dans l'O.M.C. n'étaient pas de nature à créer des droits pour les particuliers (46). La Cour a jugé que l'accord sur les sauvegardes ne figurait pas parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des institutions communautaires (47).

La création de l'Organe de règlement des différends (O.R.D.), porteuse d'une certaine « juridictionnalisation » de l'O.M.C., aurait pu permettre à la Cour de revoir sa position en tenant compte des décisions de l'O.R.D.

Le Tribunal n'a pas été convaincu par cet argument et a rappelé l'absence d'invocabilité des règles de l'O.M.C. sans prendre en considération la décision de l'O.R.D.-O.M.C. (48). La Cour a mis un certain temps à prendre clairement position en éludant d'abord la question (49).

---

(45) Pt 49. Voy., également, sur cette question : C.J.C.E., 22 novembre 2001, *Pays-Bas c. Conseil*, aff. C-301/97, préc., pt 54 ; C.J.C.E., 9 janvier 2003, *Petrotub S.A. et Republica S.A. c. Conseil*, aff. C-76/00, *Rec.*, p. I-79.

(46) C.J.C.E., ord., 2 mai 2001, *OGT Fruchthandelsgesellschaft*, aff. C-307/99, *Rec.*, p. I-3159 ; TPI, 12 juillet 2001, *Banatrading GmbH c. Conseil*, aff. T-3/99, *Rec.*, p. II-2123 ; TPI, 12 juillet 2001, *T. Port GmbH et Co. KG c. Conseil*, aff. T-2/99, *Rec.*, p. II-2093.

(47) C.J.C.E., 22 novembre 2001, *Pays-Bas c. Conseil*, aff. C-301/97, préc.

(48) Voy., p. ex., TPI, 11 janvier 2002, *Biret International c. Conseil*, aff. T-174/00, *Rec.*, p. II-17 ; TPI, 11 janvier 2002, *Établissements Biret c. Conseil de l'UE*, aff. T-210/00, *Rec.*, p. II-47.

(49) C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International c. Conseil*, aff. C-93/02 P, préc. ; C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Établissements Biret c. Conseil*, aff. C-94/02 P, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Elle a enfin pris position explicitement en 2005 (50) et a écarté l'invocabilité de l'O.M.C. devant les juridictions nationales pour l'examen de la validité d'une réglementation communautaire (Organisation commune des marchés – Bananes – GATT de 1994 – Art. I[er] et XIII – Accord-cadre du 23 avril 1993 entre la CEE et le groupe de Carthagène), alors même que l'O.R.D. avait déclaré la réglementation communautaire incompatible avec certaines règles de l'O.M.C. Elle n'a donc pas tenu compte des conclusions contraires de l'avocat général Tizzano, l'incitant à tenir compte de l'intervention de la décision de l'O.R.D. Elle a mis en avant la place importante laissée à la négociation entre les parties et a estimé que l'admission de l'invocabilité devant les juges aurait pour conséquence de priver les organes législatifs ou exécutifs des parties contractantes de la possibilité de trouver une solution négociée. Elle a jugé que l'invocabilité priverait les organes législatifs ou exécutifs de la Communauté de la marge de manœuvre dont jouissent les organes similaires des partenaires commerciaux de la Communauté compte tenu de l'absence de réciprocité que créerait la non-applicabilité des règles dans les principaux partenaires de la Communauté porteuse de déséquilibre dans l'application des règles de l'O.M.C. Dans cette affaire aussi, après l'arrêt *Portugal c. Conseil* (51), la Cour a rappelé ce qu'il est convenu d'appeler la jurisprudence *Nakajima* sans admettre que, par l'engagement de la Communauté, après la décision de l'O.R.D., de se conformer aux règles O.M.C., la Communauté avait entendu assumer une obligation particulière au sens de cette jurisprudence.

Le Tribunal a ensuite statué sur des recours en indemnité dirigés contre le Parlement, le Conseil et la Commission sans admettre l'invocabilité du droit de l'O.M.C. (52).

La Cour a ultérieurement confirmé sa position, cette fois sur le terrain de la responsabilité, sans considérer que le système et les décisions de l'O.R.D. avaient pu changer la situation en matière d'invocabilité (53).

La Cour, en mettant en œuvre ses critères déjà appliqués dans l'affaire *Van Parys*, a écarté l'effet direct de la clause de la nation la plus favorisée inscrite dans l'article 4 de l'accord de coopération conclu entre, d'une part, la Communauté économique européenne et, d'autre part, l'accord de Carthagène et ses pays membres, Bolivie, Colombie, Équateur, Pérou et Venezuela (54).

(50) C.J.C.E., 1[er] mars 2005, *Léon Van Parys NV2*, aff. C-377/02, préc., pts 38-58. Voy., également, TPI, 3 février 2005, *Chiquita Brands e.a. c. Commission*, aff. T-19/01, préc.

(51) C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, aff. C-149/96, préc.

(52) Voy. not. TPI, 14 décembre 2005, *FIAMM et FIAMM Technologies c. Conseil et Commission*, *Rec.*, p. II-5393.

(53) C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies c. Conseil. et Commission*, aff. jtes C-120/06 P et C-121/06 P, préc., pts 120, 128-131.

(54) C.J.U.E., 20 mai 2010, *Ioannis Katsivardas - Nikolaos Tsitsikas*, aff. C-160/09, *Rec.*, p. I-4591, pts 38-39, 42, 44-45.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

V. – L'extension de la jurisprudence restrictive à d'autres conventions

À cette jurisprudence faisant directement suite à celle concernant le GATT sont venues s'ajouter des décisions concernant des conventions multilatérales transposant dans d'autres domaines la méthode suivie par la Cour à l'égard du GATT-O.M.C. Cette transposition a abouti dans certains cas à des refus de l'invocabilité.

La Cour a examiné un recours contre une directive, fondé, entre autres, sur la violation de la convention sur la diversité biologique à laquelle la Communauté n'était pas partie (55). Elle a toutefois admis la recevabilité du moyen en jugeant qu'il « doit être compris comme étant dirigé non pas tant contre une violation directe par la Communauté de ses engagements internationaux que contre l'obligation qui serait faite aux États membres, par la directive, de violer leurs propres obligations de droit international, alors que la directive est supposée, selon ses propres termes, ne pas affecter ces obligations » (56).

Dans l'affaire *Pêcheurs de l'Étang de Berre* (57), la Cour a jugé que l'article 6, paragraphe 3, du protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique, signé à Athènes le 17 mai 1980, ainsi qu'après son entrée en vigueur, l'article 6, § 1, du même protocole révisé avaient un effet direct, de telle sorte que toute personne intéressée avait le droit de se prévaloir desdites dispositions devant les juridictions nationales. La Cour a tenu compte de la nature inconditionnelle de ces dispositions et de l'objet du protocole (58).

La Cour a jugé « que les articles 19, 22 et 29 de la convention de Montréal (pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international) figurent parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la validité des actes des institutions communautaires, dès lors que, d'une part, ni la nature ni l'économie de ladite convention ne s'y opposent et que, d'autre part, les dispositions de ces trois articles apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises » (59).

La Cour n'a pas admis dans l'arrêt *Intertanko* (60) la possibilité d'invoquer la convention des Nations unies sur le droit de la mer. La Cour, en s'écartant des conclusions de l'avocat général M^me^ Kokott, a constaté que la Convention de Montego Bay ne mettait pas en place des règles destinées à s'appliquer directement et immédiatement aux particuliers et à conférer à ces derniers des droits ou des libertés susceptibles d'être invoqués à

(55) C.J.C.E., 9 octobre 2001, *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, aff. C-377/98, préc.
(56) Pt 55.
(57) C.J.C.E., 15 juillet 2004, *Pêcheurs de l'étang de Berre*, aff. C-213/03, préc.
(58) Pts 39-47, 52.
(59) C.J.C.E., 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA*, aff. C-344/04, préc., pt 39.
(60) C.J.C.E., 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, aff. C-308/06, préc., pts 54-65, disp. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'encontre des États indépendamment de l'attitude de l'État du pavillon du navire, et, donc, que la nature et l'économie de la convention de Montego Bay s'opposaient à ce que la Cour puisse apprécier la validité d'un acte communautaire au regard de cette dernière. Dans la même affaire, la Cour a exclu le jeu de la convention Marpol, que la Communauté n'avait pas conclue et pour laquelle elle n'avait pas succédé aux obligations de ses États membres.

La Cour a refusé, dans l'affaire *Lesoochranárske zoskupenie*, de reconnaître un effet direct à l'article 9, paragraphe 3, 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, en l'absence d'une obligation claire et précise qui ne serait subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur (61). Elle a cependant considéré qu'il appartenait à la juridiction de renvoi d'interpréter, dans toute la mesure du possible, le droit procédural relatif aux conditions devant être réunies pour exercer un recours administratif ou juridictionnel conformément tant aux objectifs de l'article 9, paragraphe 3, de cette convention qu'à celui de protection juridictionnelle effective des droits conférés par le droit de l'Union, afin de permettre à une organisation de défense de l'environnement de contester devant une juridiction une décision prise à l'issue d'une procédure administrative susceptible d'être contraire au droit de l'Union de l'environnement.

Dans l'affaire *Air Transport Association* (62), la Cour, sans se prononcer sur la nature et l'économie du Protocole de Kyoto (à la différence de l'avocat général M^me^ Kokott), a considéré qu'il ne saurait être invoqué dans le cadre d'un renvoi préjudiciel aux fins d'apprécier la validité d'une directive en l'absence de caractère inconditionnel et suffisamment précis des dispositions invoquées (63). Elle a, par contre, déclaré invocables certaines dispositions de l'accord *Ciel ouvert* avec les États-Unis (art. 7 et 11, §§ 1^er^ et 2, sous c), et 15, § 3, lus en combinaison avec les art. 2 et 3, § 4, de celui-ci), dans la mesure où il mettait en place certaines règles destinées à s'appliquer directement et immédiatement aux transporteurs aériens et à leur conférer ainsi des droits ou des libertés, susceptibles d'être invoqués à l'encontre des parties à cet accord et que la nature et l'économie de cet accord ne s'y opposaient pas (64).

La Cour a refusé dans l'affaire *Z.* d'admettre l'invocabilité de la Convention des Nations unies sur le handicap dans la mesure où ses dispositions, étant subordonnées dans leur exécution ou dans leurs effets à l'intervention d'actes ultérieurs relevant des parties contractantes, ne constituaient pas, du point de vue de leur contenu, des dispositions inconditionnelles et

(61) C.J.U.E., 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie*, aff. C-240/09, préc.
(62) C.J.U.E., 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America e.a.*, aff. C-366/10, préc.
(63) Pts 73, 76-78.
(64) Pts 79, 82-84.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

suffisamment précises permettant un contrôle de la validité d'une directive au regard des dispositions de la convention (65).

Les atténuations à l'absence d'invocabilité sont limitées (66). Comme on l'a déjà remarqué à propos du GATT et de l'O.M.C., les solutions prévues par la jurisprudence *Nakajima* sont d'une portée réduite et rarement retenues. De même, le recours à l'interprétation conforme n'offre qu'un palliatif limité à l'absence d'invocabilité, la Cour s'y réfère en utilisant la formule dans la mesure du possible (67). S'agissant du contentieux de la réparation, la voie semble également étroite (68), pour ne pas dire fermée, dans la mesure où la mise en cause de la responsabilité est bloquée par l'absence d'invocabilité de l'accord (69) et où les juridictions de l'Union, sans écarter le principe d'une responsabilité sans faute, n'ont jamais considéré les conditions requises comme remplies (70).

Cette jurisprudence n'a pas, c'est le moins que l'on puisse dire, été acceptée unanimement.

Des réserves ont été exprimées au sein même de la Cour par certains avocats généraux dont les conclusions ont suggéré des infléchissements, voire des revirements, de la jurisprudence sans que la Cour les ait suivis. On peut également penser, sans certitude en l'absence d'opinions dissidentes, que les arrêts rendus ne l'ont pas toujours été à l'unanimité.

Dans la doctrine, aussi, de nombreux auteurs ont adopté des positions critiques. Les positions adoptées vont de la recommandation d'évolutions de la jurisprudence sur l'invocabilité à son abandon pur et simple.

Les critiques dénoncent la fermeture au droit international que la Cour opère et les contradictions inhérentes à cette fermeture avec d'autres positions de la Cour allant dans le sens de l'ouverture, comme, par exemple, celles relatives à l'entrée directe des accords dans l'ordre juridique de l'Union européenne ou à la primauté des accords sur le droit dérivé.

Elles soulignent parfois le contraste entre la jurisprudence sur l'invocabilité des accords internationaux et la reconnaissance de l'effet direct du droit de l'Union européenne en allant, pour certains auteurs, jusqu'à militer

(65) C.J.U.E., 18 mars 2014, *Z*, aff. C-363/12, pts 89 et 90, ECLI:EU:C:2014:159. Voy. également C.J.U.E., 22 mai 2014, *Glatzel*, aff. C-356/12, pt 69, ECLI:EU:C:2014:350.

(66) Voy. J. Dutheil de La Rochère, « L'effet direct des accords internationaux », in *La Cour de justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 653 et s.

(67) E. Neframi, « Accords internationaux », *J.Cl. Europe*, fasc. 192, *op. cit.*, § 167.

(68) E. Neframi, « Accords internationaux », *op. cit.*, §§ 168 et 169.

(69) TPI, 20 mars 2001, *T. Port GmbH &Co c. Commission*, aff. T-52/99, *Rec.*, C.J.C.E. p. II-981 ; TPI, 20 mars 2001, *Bocchi Food Trade International GmbH c. Commission*, aff. T-30/99, *Rec.*, p. II-943 ; TPI, 20 mars 2001, *Cordis Obst und Gemüse Grosshandel GmbH c. Commission*, aff. T-18/99, *Rec.*, p. II-913.

(70) Voy. entre autres : TPI, 28 avril 1998, *Dorsch Consult c. Conseil et Commission*, aff. T-184/95, *Rec.*, p. II-667 ; C.J.C.E., 15 juin 2000, *Dorsch Consult c. Conseil et Commission*, aff. C-237/98, *Rec.*, p. I-4549.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

pour un alignement (non sans nuances, *Fifty Shades of Grey* obligent !) de la première sur la seconde (71).

Elles mettent souvent en lumière les faiblesses de cette jurisprudence au regard de l'Union de droit, puisqu'elle aboutit à priver les justiciables de la possibilité de s'appuyer sur certains accords internationaux liant pourtant l'Union européenne et intégrés dans son ordre juridique.

Il faut en fait constater que la Cour s'efforce de concilier des exigences contradictoires en statuant en fonction des cas qui lui sont soumis, même si ses décisions s'inscrivent dans le cadre d'une ligne jurisprudentielle et s'il faut bien constater le souci constant de la Cour de justifier ses positions au regard du droit international.

Elle se trouve à cet égard dans une situation comparable à celles des juridictions constitutionnelles nationales et des cours suprêmes lorsqu'elles sont confrontées à des cas dans lesquels sont en jeu les rapports entre le droit international (ou également le droit de l'Union européenne s'agissant des juridictions des États membres) et les ordres juridiques nationaux. L'existence de correspondances entre les jurisprudences respectives de la Cour et des juridictions nationales et le recours sous des formes diverses à des positions de défense ne sauraient donc surprendre.

Hélène Ruiz Fabri a su montrer dans une analyse nuancée les avantages et les inconvénients d'un développement de l'invocabilité des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne, en soulignant les différences entre les projets politiques internationaux inscrits dans les différentes conventions et le projet politique européen (72). On ne peut donc que souscrire à sa conclusion selon laquelle, « [d]ans un tel contexte, l'effet direct doit, même au nom de la justice, être manié avec précaution ».

(71) P. Eeckhout, « The international legal order : Black Holes, Fifty Shades of Grey, or extending Van Gend en Loos ? », in *50e anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos 1953-2013*, Cour de justice de l'Union européenne, Actes du colloque de Luxembourg, 13 mai 2013, p. 169, spéc. pp. 177 et s.

(72) H. Ruiz Fabri, « Conjuguer justice et prudence : commentaire sur le développement de l'effet direct du droit international en droit de l'Union », in *50e anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos 1953-2013*, Cour de justice de l'Union européenne, Actes du colloque de Luxembourg, 13 mai 2013, pp. 189-195.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'invocabilité des accords internationaux : condition de l'application des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'U...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

QUELQUES OBSERVATIONS SUR LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES ENGAGEMENTS EUROPÉENS DE LA FRANCE SOUS LA Ve RÉPUBLIQUE

Jean ROSSETTO

Professeur à l'Université François-Rabelais de Tours

Le professeur Claude Blumann a publié en 1978 un article de référence intitulé « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France » (1). À cette occasion, le communautariste perçait déjà sous l'internationaliste, car l'argumentaire développé par l'auteur intéressait essentiellement la décision du Conseil constitutionnel rendue en 1976 à propos de l'élection de l'Assemblée des Communautés européennes au suffrage universel direct (2). Cette contribution était d'autant plus remarquable que l'article 54 de la Constitution fut un grand oublié des travaux constituants (3), ces derniers étant tout naturellement polarisés autour du rôle futur du chef de l'État et des effets probables de la drastique rationalisation du régime parlementaire en préparation. L'auteur relevait de surcroît « la relative minceur » de la doctrine en la matière, de même que « l'usage très discret » de l'article 54 depuis 1958. C'est dire si son analyse venait alors à point nommé.

Au fil des pages, le professeur Blumann y faisait part d'un certain nombre d'inquiétudes à l'égard de la philosophie même de l'article 54, en considérant que celle-ci constituait « un frein au développement du droit international » (4), tout en estimant, par ailleurs, que le Conseil constitutionnel exprimait « une conception exigeante de la souveraineté nationale » ainsi qu'un déni « de la spécificité des Communautés portant un coup d'arrêt au développement de la construction européenne ». Avec le recul du temps, ces observations sont-elles confirmées, doivent-elles être nuancées, ou bien

(1) *RGDI publ.*, 1978, p. 537.

(2) Décision 76-71 DC.

(3) La consultation des *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958* est édifiante à cet égard. L'existence et la formulation du futur art. 54 n'ont guère été débattues. On notera cependant que le président René Cassin s'est écrié à son propos : « C'est l'histoire non écrite de la Communauté européenne de défense ! » (vol. III, Paris, La Documentation française, 1987, p. 159).

(4) Claude Blumann se rangeait à la doctrine dominante, alors légitimement persuadée que la révision de la Constitution dresserait un obstacle très difficile à franchir pour surmonter une décision d'inconstitutionnalité fondée sur l'art. 54. C'est ainsi que MM. Favoreu et Philip soutenaient que l'art. 54 manifestait « le souci d'instituer un verrou de sécurité contre l'adoption d'engagements internationaux remettant en cause la souveraineté nationale notamment dans le cadre de la construction européenne ». Cité dans son article par Cl. Blumann, p. 545.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques observations sur le contrôle de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la Ve République
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

être partiellement ou totalement remises en cause ? On l'aura compris, l'objectif de cette contribution en hommage au professeur Blumann a pour objet de répondre à ces différentes interrogations en revisitant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, aujourd'hui nettement plus fournie sur le sujet, puisqu'elle comprend treize décisions, dont la plupart concernent justement la construction européenne (5). À l'examen de cette jurisprudence aux contours désormais bien établis, il apparaît que la conception exigeante de la souveraineté nationale se trouve clairement confirmée (I). S'il est néanmoins heureux de constater que le Conseil a depuis lors consacré la spécificité du droit communautaire, désormais de l'Union, ce fut aussi l'occasion pour lui de mettre en place une nouvelle modalité du contrôle de constitutionnalité de ce droit sur la base de l'article 88-1 de la Constitution (II).

I. – La confirmation d'une conception exigeante de la souveraineté nationale

Autorité instituée par une Constitution reposant sur l'expression de la souveraineté nationale, le Conseil constitutionnel a naturellement pour mission d'assurer la protection de cette dernière. L'article 54 qui le place à l'articulation de l'ordre juridique constitutionnel et des ordres juridiques externes est, à cet égard, appelé à jouer un rôle majeur. En porte témoignage la construction jurisprudentielle qu'il a élaborée autour de la notion de « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (A), ainsi que la façon dont il a abordé le principe de primauté du droit de l'Union européenne dans sa décision relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe du 19 novembre 2004 (B).

A. – La clause des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »

Commentant dans son article la décision du Conseil constitutionnel relative à l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct, le

(5) Décision 70-39 DC du 19 juin 1970 (*Traité de Luxembourg*) ; décision 76-71DC du 30 décembre 1976 (*Élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*) ; décision 85-188 DC du 22 mai 1985 (*Protocole additionnel à la CEDH – Abolition de la peine de mort*) ; décision 92-308 DC du 9 avril 1992 (*Traité de l'Union européenne*) ; décision 92-312 DC du 2 septembre 1992 (*Traité de l'Union européenne*) ; décision 97-394 DC du 31 décembre 1997 (*Traité d'Amsterdam*) ; décision 98-408 DC du 22 janvier 1999 (*Traité portant statut de la Cour pénale internationale*) ; décision 99-412 DC du 15 juin 1999 (*Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*) ; décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004 (*Traité établissant une Constitution pour l'Europe*) ; décision 2005-524/525 DC du 13 octobre 2005 (*Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*) ; décision 2006-541 DC du 28 septembre 2006 (*Délivrance des brevets européens*) ; décision 2007-560 DC du 30 décembre 2007 (*Traité de Lisbonne*) ; décision 2012-653 DC du 9 août 2012 (*Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*). On voudra bien se reporter à cette liste pour les décisions citées ultérieurement.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques observations sur le contrôle de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la Ve République
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

professeur Blumann s'interroge longuement sur la distinction alors cruciale opérée par le Conseil entre limitations et transferts de souveraineté, selon laquelle les premières seraient admises, tandis que les seconds imposeraient une révision constitutionnelle préalable. Il se montre particulièrement critique à son endroit en soulignant les difficultés de sa mise en œuvre, son efficacité douteuse, et tout particulièrement sa contrariété avec l'esprit et la lettre de l'alinéa 15 du préambule de la Constitution de 1946 proclamant que, « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ».

Vraisemblablement sensible à certaines de ces critiques, le Conseil a renoncé à la distinction peu satisfaisante mise en avant en 1976 et a finalement renoué avec une notion qui avait fait une apparition subsidiaire dans sa décision du 19 juin 1970, à savoir le nécessaire respect des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » pour conclure un engagement international. Affinée au fil de ses décisions à partir de celle du 22 mai 1985, cette clause générale est aujourd'hui énoncée dans les termes suivants : lorsque des engagements internationaux « contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et les libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle ».

Suivant en cela l'analyse proposée par Étienne Picard (6), on peut considérer que le Conseil pourrait s'en tenir à une application stricte de l'article 54 en vertu de laquelle l'existence d'une clause contraire suffit à faire obstacle à la ratification d'un engagement international, ce qui englobe du reste nécessairement le cas d'un tel engagement remettant en cause les droits et libertés garantis. Il a néanmoins cru bon de se référer également aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». À la réflexion, la formule ne manque pas de surprendre, « car comment un État peut-il être encore souverain lorsqu'il renonce à ce qui est caractérisé comme une condition essentielle d'exercice de sa souveraineté ? S'il est encore souverain après y avoir renoncé, c'est sans doute parce que ce qui est présenté comme une condition essentielle de la souveraineté ou bien n'était pas *essentiel* ou bien n'était pas vraiment une *condition* de la souveraineté (7) ». En dépit de l'illogisme qui caractérise la formule (si, du moins, la révision à entreprendre devait s'opérer sans faire appel au référendum constituant), celle-ci a acquis droit de cité dans la jurisprudence du Conseil. On ne saurait s'en étonner outre mesure, car elle offre à ce dernier une appréciable marge de manœuvre lorsqu'il est saisi par la voie de l'article 54. Elle peut tout aussi bien être utilisée à l'encontre de l'introduction de la monnaie unique (8) que de l'institution de « clauses passerelles » dans

(6) « Construction européenne et droit constitutionnel », in V. Heuzé et J. Huet (dir.), *Construction européenne et État de droit*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 37.

(7) « Construction européenne et droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 59.

(8) On peut, à cet égard, observer au passage que, dans sa décision du 9 avril 1992, le

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques observations sur le contrôle de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la Ve République
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

les traités européens depuis celui d'Amsterdam. Elle est, en tout cas, suffisamment souple pour donner au Conseil les moyens de s'opposer à toutes sortes de dispositions figurant dans un engagement international ou européen qu'il estimerait attentatoires à la souveraineté nationale. De façon sans doute plus pertinente qu'auparavant, ce verrou de sécurité remplit en définitive la même fonction que celle à laquelle répondait la distinction limitations/transferts, en ce qu'il permet au Conseil de neutraliser pareillement la portée de l'alinéa 15 du préambule de la Constitution de 1946.

B. – L'immunisation du principe de primauté dans la décision du 19 novembre 2004

L'examen de la constitutionnalité du Traité établissant une Constitution pour l'Europe a fourni l'occasion au Conseil constitutionnel de confirmer sa vigilance à l'égard de la protection de la Constitution, expression de la souveraineté nationale. On se souvient, en effet, que cet instrument international comportait une clause énoncée à l'article I-6 disposant que « la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences attribuées à celles-ci, priment le droit des États membres ». Après avoir pris soin de préciser que le texte soumis à son appréciation n'était rien d'autre qu'un traité international et que, par conséquent, sa « dénomination est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne (9) », le Conseil aborde l'épineuse question de la constitutionnalité de l'article I-6 qui le confronte au dilemme suivant. Selon une première branche de l'alternative qui se présente à lui, il peut donner son aval au principe de primauté et porter, par là même, atteinte à la notion de constitution entendue comme acte juridique suprême dans l'ordre interne (10). Selon la seconde branche de l'alternative, il peut tout aussi bien faire état d'une inconstitutionnalité, qui nécessiterait alors une révision constitutionnelle préalable à la ratification, mais dont il n'est pas très difficile d'entrevoir les très sérieuses polémiques qu'elle pourrait engendrer dans le registre des atteintes à la souveraineté nationale.

Telle est la raison pour laquelle le Conseil a suivi une démarche particulièrement subtile lui permettant de surmonter l'obstacle en cause. Pour ce faire, il a choisi de valider le principe de primauté, tout en limitant sa portée en tant que de besoin. Son raisonnement s'appuie en l'occurrence sur une « lecture contextualisée (11) » des articles I-6 et I-5 du traité examiné. En d'autres termes, il a estimé qu'il convenait d'interpréter le principe de

---

Conseil a préféré invoquer la formule en question plutôt qu'une clause contraire de la Constitution, à savoir son art. 34 qui dispose que le régime d'émission de la monnaie relève de la compétence législative.

(9) Cons. 10.

(10) D. Alland, « Consécration d'un paradoxe, la primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, 1998, p. 1049.

(11) L. Burgorgue-Larsen, « Un *Solange II* à l'espagnol », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, nº 18, 2005. Dans le même sens, T. Papadimitriou, « Constitution européenne et constitutions nationales : l'habile convergence des juges constitutionnels français et espagnol », *ibid*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques observations sur le contrôle de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la Ve République
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

primauté à la lumière de l'article I-5 qui déclare, pour sa part, que « l'Union respecte l'égalité des États membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles… ». L'interprétation retenue aboutit au résultat recherché, puisque le principe de primauté se trouve ainsi relativisé dans ses effets par le nécessaire respect de l'identité nationale ; il ne saurait dès lors présenter un caractère absolu et se trouve, en définitive, vidé de son venin s'agissant des atteintes qui pourraient être apportées aux dispositions constitutionnelles par le droit de l'Union.

Bien qu'elle ne soit plus guère discutée (12), la démarche adoptée n'est pas exempte de tout reproche. Elle se heurte en premier lieu à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg qui, depuis l'arrêt *Costa c. ENEL* de 1964, a régulièrement rappelé le caractère absolu du principe de primauté (13). Elle fait ensuite l'impasse sur le principe de coopération loyale s'imposant aux États membres, pourtant édicté à ce même article I-6 ; l'affirmation de ce principe cardinal s'inscrit en effet en contradiction avec l'idée que les constitutions nationales seraient en mesure de faire obstacle à l'application du droit de l'Union. De manière encore plus contestable, la position du Conseil situe sur le même plan deux questions de nature différente ; alors que le principe de primauté intéresse la résolution d'un éventuel conflit normatif, le respect de l'identité nationale renvoie au principe d'autonomie institutionnelle et procédurale qui gouverne les modalités d'exécution du droit de l'Union par les États membres. La rédaction de l'article I-6 en témoigne qui associe étroitement la notion d'identité nationale aux structures politiques et constitutionnelles (chargées de mettre en œuvre le droit de l'Union au niveau des États membres), et non aux dispositions constitutionnelles nationales. L'interprétation délivrée par le Conseil aboutit en fin de compte à assimiler identité nationale et identité constitutionnelle au plus grand bénéfice des ordres constitutionnels internes (c'est l'objectif poursuivi), alors que ces deux notions ne se recouvrent nullement, ni du point de vue de la cohérence juridique ni selon la lettre des traités.

On le reconnaîtra volontiers, l'amalgame qui a ainsi offert au Conseil une heureuse porte de sortie en 2004, a fini par s'imposer sans soulever de controverses majeures. C'est ainsi que le Tribunal constitutionnel espagnol en a tiré profit très rapidement dans sa déclaration du 13 décembre 2004 (14) ; de son côté, la doctrine a globalement considéré que l'identité nationale visait en particulier les dispositions constitutionnelles (15), tandis

(12) B. Genevoix fut l'un des seuls à avoir un regard critique sur cette jurisprudence. Voy. son article, « Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, p. 239.

(13) C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. C-11/70, *Rec.*, p. 1125 ; 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, *Rec.*, p. 629 ; 11 janvier 2000, *Kreil*, aff. C-285/98, *Rec.*, p. I-69.

(14) Voy. note 11.

(15) Pour une illustration récente, voy. F.-X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, thèse, Paris, LGDJ, 2013. *Contra* : J. Roux, *Droit général de l'Union européenne*, 4e éd., Paris, LexisNexis, 2012, p. 279.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques observations sur le contrôle de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la Ve République
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

que la Cour de justice a elle-même donné le sentiment qu'elle souscrivait à cette manière d'envisager la notion d'identité nationale dans un certain nombre d'arrêts récents (16). Quoi qu'il en soit, le raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel a porté ses fruits ; il a validé le principe de primauté du droit de l'Union, tout en immunisant la Constitution de ses possibles conséquences négatives. Un résultat comparable à celui obtenu par la formulation de la clause « des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » a de la sorte été obtenu.

Pour conclure les commentaires que suscite la décision du 19 novembre 2004, il convient néanmoins de rappeler qu'elle est aussi porteuse d'une innovation que le professeur Blumann appelait de ses vœux en 1978. Pour la première fois en effet, le Conseil y affirme la spécificité du droit communautaire dans des termes qui font écho à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes exposée dans l'arrêt *Van Gend en Loos* de 1963 (17). Cette avancée, dont le Conseil d'État prendra lui-même rapidement la mesure (18), doit être portée au crédit des sages du pavillon Montpensier, même si elle prend appui sur une interprétation constructive de l'article 88-1 de la Constitution, et non sur la nature juridique originale des Communautés, puis de l'Union européenne.

II. – L'extension du contrôle de constitutionnalité par la voie de l'article 88-1 de la Constitution

L'année 2004 a décidément été déterminante dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux engagements internationaux, et plus particulièrement vis-à-vis de ceux concernant la construction européenne. Dès sa décision du 10 juin 2004 (19), il avait, en effet, ouvert un nouveau front sur ce terrain en décidant d'étendre son contrôle de constitutionnalité aux actes de droit dérivé adoptés par les instances communautaires sur la base des traités. Le professeur Blumann avait pourtant nettement écarté cette hypothèse dans son article précité en déclarant qu'ils « échappent incontestablement à la compétence du Conseil constitutionnel. Il n'y a pas lieu de s'en étonner. En ratifiant les traités communautaires, la France, à l'avance, et par un acte de libre détermination, a accepté de se soumettre spontanément à cette législation dérivée de la Communauté européenne. À supposer d'ailleurs que certains actes communautaires lèsent les droits des individus,

(16) C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.*, p. I-9609 ; C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Sayn Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec.*, p. 13693 ; C.J.U.E., 12 mai 2011, *Runevic-Wardyn*, aff. C-391-09.

(17) C.J.C.E., 5 février 1963, aff. C-46/62, *Rec.*, p. 3, où la Cour indiquait que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international ». Pour sa part, le Conseil constitutionnel déclare, dans sa décision de 2004, que « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » (cons. 11).

(18) C.E., Ass., 8 février 2007, *Arcelor*.

(19) N° 2004-496 DC.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques observations sur le contrôle de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la Ve République
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

le droit communautaire offre aux particuliers suffisamment de garanties pour obtenir les réparations adéquates ». Cette analyse semblait *a priori* bien difficile à remettre en cause, et trouvait du reste un écho dans la décision du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1977 (20) portant sur le contrôle de constitutionnalité des règlements communautaires. Il se trouve cependant que la décision du 10 juin 2004, plusieurs fois confirmée par la suite (21), dément cette vue des choses dans le cas des directives. Par le jeu d'une interprétation audacieuse de l'article 88-1 de la Constitution (A), le Conseil s'est en effet autorisé à pratiquer en la matière un contrôle de constitutionnalité original et quelque peu contestable dans ses modalités (B).

A. – La lecture orientée de l'article 88-1 de la Constitution

C'est un étrange destin qu'a connu l'article 88-1 de la Constitution. Introduit par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 aux fins de ratification du traité d'Union européenne, il proclamait, à la suite d'un amendement déposé par Alain Lamassoure (22), que « [l]a République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». Initialement simple chapeau introductif du Titre XIV nouveau de la Constitution, au demeurant considéré dès le départ comme juridiquement inutile (23), il a néanmoins été sollicité de manière fort audacieuse par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 10 juin 2004. Cette dernière pose, en effet, que la formulation de l'article en question implique une exigence constitutionnelle de transposition en droit interne des directives communautaires. On le constatera d'emblée, ce soutien constitutionnel plutôt imprévisible au droit communautaire n'était pas juridiquement indispensable dès lors que l'obligation de transposition des directives figure clairement dans les traités européens (actuellement à l'art. 288 du TFUE) et que les juges ordinaires sont, de surcroît, en mesure de la sanctionner.

Il n'en demeure pas moins que cette « nationalisation » (ou, si l'on préfère, cet ancrage constitutionnel) de l'obligation de transposition présente un intérêt stratégique capital pour le Conseil constitutionnel dans la mesure où elle lui ouvre la voie d'une extension de son contrôle de constitutionnalité aux actes de droit dérivé ; dans ces conditions, « l'on peut donc se demander si ce n'était pas là l'objectif essentiel de cette jurisprudence » (24).

---

(20) N° 77-90 DC, dans laquelle on peut lire que les effets des règlements, même au regard des conditions d'exercice de la souveraineté nationale, ne sauraient être contestés, car ils ne sont « que la conséquence d'engagements internationaux souscrits par la France qui sont entrés dans le champ de l'article 55 de la Constitution ».

(21) Décision 2004-497 DC du 1er juillet 2004 ; décision du 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC ; décision du 30 mars 2006, n° 2006-535 DC ; décision du 27 juillet 2006, n° 2005-540 DC ; décision du 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC.

(22) A.N., *Rapport supplémentaire fait au nom de la Commission des lois*, n° 2684, 9e législature.

(23) *Ibid*. Intervention de Robert Savy.

(24) E. Picard, art. préc. p. 67.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques observations sur le contrôle de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la Ve République
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

L'interrogation prend tout son sens à la lumière des préoccupations qui se sont fait jour au sujet du contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé à l'occasion du processus de ratification du traité d'Union européenne. Lors des débats constituants de 1992, Nicole Catala avait ainsi déposé un amendement complétant l'article 61 de la Constitution tendant à ce que le Conseil constitutionnel puisse se prononcer sur la conformité à la Constitution des actes communautaires transposés en droit interne par une loi (25). Dans le même esprit, Pierre Mazeaud, qui présidera justement le Conseil constitutionnel lors de la décision du 10 juin 2004, avait déposé, en 1993, une proposition de loi constitutionnelle visant à instaurer un contrôle de constitutionnalité des actes communautaires devant le Conseil constitutionnel (26) ; ce texte, qui avait, selon ses auteurs, pour but de combler un angle mort dans le contrôle de constitutionnalité, aboutissait à traiter les actes dérivés de droit communautaire de la même manière que les engagements internationaux souscrits par la France lors de la mise en jeu de l'article 54 de la Constitution.

Il est difficile d'en douter, la décision rendue le 10 juin 2004 à propos des lois de transposition des directives s'inscrit pleinement dans la continuité de ces propositions antérieures. Tout se passe, en effet, comme si les initiatives sans lendemain de révision qui avaient été engagées sous la bannière des articles 61 et 54 de la Constitution trouvaient en fin de compte leur aboutissement au travers de la jurisprudence du Conseil, alimentée par une interprétation inattendue de l'article 88-1 de la Constitution. D'où l'on voit que la jurisprudence du Conseil peut parfois prendre valeur de révision de la Constitution (27), sans susciter d'ailleurs un émoi particulier, dès lors que la décision en cause traduit aussi, comme c'est le cas en l'espèce, une ouverture positive à l'égard du droit communautaire (28). Reste que, même si le Conseil prend en outre la précaution de préserver la compétence de la Cour de justice en matière de contrôle des directives, sa décision n'échappe pas à quelques observations critiques.

B. – Des implications contestables

L'extension du contrôle de constitutionnalité opérée par la voie de l'article 88-1 concernant les lois de transposition des directives couvre deux champs soigneusement distingués qui, l'un comme l'autre, confinent à un

(25) A.N., *Rapport supplémentaire fait au nom de la Commission des lois*, n° 2676, 9e législature.

(26) Proposition de loi constitutionnelle, n° 194, déposée par Pierre Mazeaud et Robert Pandraud, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 mai 1993.

(27) Le professeur Blumann relevait déjà dans son article que le Conseil constitutionnel avait révisé la Constitution dans sa décision de 1976 en ouvrant aux parlementaires la possibilité de le saisir de la constitutionnalité d'un engagement international par la voie de l'art. 61 de la Constitution ; on notera que l'art. 61 joue exactement le même rôle d'extension du contrôle en 2004.

(28) À ce sujet, on se permettra de rappeler que, dans son édition du 17 juin 2004, le journal *Le Monde* titrait sur la suprématie du droit communautaire sur la Constitution à propos de la décision du 10 juin.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques observations sur le contrôle de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la Ve République
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

contrôle de conventionalité, puisque le Conseil met à chaque fois en présence une norme de droit interne et une norme de droit de l'Union ; ce singulier écart par rapport à la célèbre jurisprudence *IVG* de 1975 trouve à ses yeux sa justification dans la lecture précédemment exposée de l'article 88-1.

En premier lieu, le Conseil estime qu'il lui appartient de vérifier si la loi de transposition d'une directive est susceptible de porter atteinte à la Constitution. Il s'agit donc, au travers de l'enveloppe législative qui contient la directive, de l'expression d'une réserve de constitutionnalité à l'instar de ce qu'énoncent, selon des modalités et des raisonnements divers, d'autres juridictions constitutionnelles des États membres de l'Union (29). Dans le cas présent, la formulation retenue a, comme on le sait, quelque peu évolué ; alors que la décision du 10 juin 2004 et celles qui l'ont suivie au cours de l'été 2004 mentionnaient la mise en cause d'une « disposition expresse et spécifique de la Constitution », on lit dans les décisions des 27 juillet et 30 novembre 2006 qu'« une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » (30) pourraient faire obstacle à la transposition d'une directive, « sauf à ce que le constituant y ait consenti ». Si le président Mazeaud a argué de la parfaite cohérence entre ces deux formulations en faisant valoir qu'elles visent l'une comme l'autre ce qui est « crucial et distinctif », « autrement dit, l'essentiel de la République (31) », on peut relever, à la suite de Denys Simon, que « le remplacement d'une formule ambiguë par une formule obscure se fait manifestement au prix d'une atteinte à la primauté et à l'uniformité d'application du droit communautaire (32) ». De fait, l'important est de souligner au passage que le Conseil s'est par là même doté, en dehors peut-être de l'invocation du principe de laïcité, d'une formule de filtrage suffisamment floue qui lui permettra de faire barrage, en tant que de besoin, à une loi de transposition d'une directive. Il en résulte que le droit de l'Union pourrait, là encore, être tenu en lisière en méconnaissance des grands principes qui le régissent.

En second lieu, le Conseil considère qu'il est en mesure de se prononcer sur la compatibilité de la loi de transposition avec les dispositions d'une directive. Sur ce terrain particulièrement mouvant qui risquerait de le conduire à « une ingérence dans le pouvoir judiciaire des Communautés » (pour reprendre une préoccupation exprimée dans son article par le professeur Blumann), il prend bien soin d'indiquer que, faute de pouvoir opérer un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice, il s'en tiendra à un contrôle minimal ; en d'autres termes, selon une formulation désormais récurrente, « il ne saurait déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une

(29) Il existe une abondante littérature en la matière. On pourra utilement se reporter à la thèse de Fr.-X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op. cit.*, note 15.

(30) Pour toutes ces décisions, on renvoie à la note 21.

(31) Précision apportée à l'occasion des vœux présentés au président de la République, le 3 janvier 2005.

(32) « L'obscure clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, octobre 2006, p. 2.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques observations sur le contrôle de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la Ve République
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ».

Ce second aspect de la jurisprudence du Conseil, qui lui a, au demeurant, fourni l'opportunité de mettre en avant le délai constitutionnel d'un mois dans lequel il est enfermé pour statuer dans le cadre de l'article 61 de la Constitution pour ne pas pratiquer le renvoi préjudiciel, soulève une autre question essentielle. Elle tient à la portée qu'il convient d'attribuer à l'article 88-1 de la Constitution. En effet, il n'est pas impensable de soutenir que cet article est susceptible de recevoir une interprétation plus large que celle retenue par le Conseil. Depuis la révision consécutive au Traité de Lisbonne en particulier, les traités européens y sont mentionnés, ce qui n'interdit donc nullement de « leur donner pleine valeur constitutionnelle (33) ». Un tel raisonnement aboutirait évidemment à faire disparaître la frontière entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité fermement tracée depuis 1975 (34). Le Conseil n'y est manifestement pas prêt qui s'interdit catégoriquement de revenir sur sa jurisprudence *IVG* en refusant de tirer la moindre autre conséquence de l'article 88-1 de la Constitution que celle relative à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives. On en veut pour preuve la récente décision qu'il vient de rendre dans laquelle il signifie une nouvelle fois très clairement que le contrôle qu'il opère sur la base de l'article 88-1 ne saurait concerner une disposition législative interne n'ayant pas pour objet de transposer une directive, même si cette disposition devait être contestée au regard d'une directive (35). En conséquence, le contrôle en l'espèce ne pourra être effectué, le cas échéant, que par le juge ordinaire sur la base de l'article 55 de la Constitution.

Cette jurisprudence ne va pas sans inconvénients, dont les principaux sont les suivants. Les deux contrôles évoqués à l'instant ne semblent guère être de nature différente, et l'on voit mal à l'analyse ce qui justifie un traitement différencié, si ce n'est la volonté de maintenir à toute force la jurisprudence *IVG*. D'un autre côté, la parenté matérielle des contrôles de constitutionnalité et de conventionalité est une réalité désormais avérée. Substantiellement, les normes de référence sont très proches. Le Conseil constitutionnel en convient d'ailleurs par la voix de son président, puisque ce dernier déclarait récemment que « chaque décision du Conseil constitutionnel est prise en examinant les jurisprudences européennes et notamment celle de la Cour européenne des droits de l'homme (36) ». On ne saurait mieux souligner le caractère artificiel et contestable de la distinction établie en 1975, qui réfute depuis le départ l'argument logique selon lequel, si les

(33) P. Cassia et E. Saulnier-Cassia, « Imbroglio autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.*, 2010, p. 1234.

(34) Et fermement rappelée dans la décision 2010-605 DC du 12 mai 2010 dans laquelle le Conseil administre une véritable leçon de droit constitutionnel à la Cour de cassation à l'encontre de sa décision *Melki* du 16 avril 2010.

(35) Décision 2014-694 DC du 28 mai 2014.

(36) J.-L. Debré, « Le Conseil constitutionnel et le droit de l'Union européenne », Entretien accordé à la revue *Europe*, nº 7, juillet 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques observations sur le contrôle de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la Ve République
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

engagements internationaux ont une valeur supérieure à celle des lois, alors celles d'entre elles qui méconnaissent cette supériorité violent du même coup la Constitution.

À la lumière de ces rapides observations, il n'est pas douteux que l'article publié par le professeur Blumann en 1978 eût pertinemment planté le décor. Chargé par la Constitution de se prononcer sur la constitutionnalité des engagements internationaux et européens de la France, le Conseil constitutionnel a orienté sa jurisprudence dans la voie qu'il avait initialement tracée, en l'occurrence celle dont Claude Blumann avait tôt perçu qu'elle traduisait une conception exigeante de la souveraineté nationale. Les modalités en ont certes parfois changé au fil des saisines effectuées sur la base des articles 54 et 61 de la Constitution. C'est ainsi que la distinction limitations-transferts a été abandonnée au profit d'un arsenal plus sophistiqué mettant principalement en scène identité nationale et identité constitutionnelle de la France. De cette manière, le Conseil a enrichi le dispositif de sécurité centré autour de la notion des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Cette démarche a été souvent conduite avec beaucoup d'habileté dans le cadre de ce que l'on dénomme volontiers aujourd'hui des rapports de système (37). Le Conseil n'a ainsi pas remis en cause le principe de primauté du droit de l'Union européenne au nom du respect de l'identité nationale. Il a également instauré un contrôle de constitutionnalité du droit dérivé, tout en reconnaissant pas ailleurs la spécificité du droit de l'Union. Après avoir indiqué qu'il n'était pas en mesure de faire jouer le mécanisme du renvoi préjudiciel, il a cependant réservé l'hypothèse du mandat européen pour y procéder (38). Si l'on peut parler ici d'une manifestation du désormais célèbre « dialogue des juges », il n'est pas interdit de constater aussi que la méthode utilisée ne manque pas d'efficacité pour préserver son champ de compétence et maîtriser ses relations concurrentielles avec la Cour de justice de l'Union (39).

(37) Sur ce point, voy., p. ex., A. Levade, « Le Conseil constitutionnel, régulateur des rapports de systèmes, 1958-2008 », in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 729.

(38) Décision 2013-314 QPC.

(39) En ce sens, voy. notre article, « Pluralisme des ordres juridiques et stratégies jurisprudentielles », à paraître dans les *Mélanges offerts au professeur Hervouët*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Quelques observations sur le contrôle de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la Ve République
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

DROIT ADMINISTRATIF EUROPÉEN ET FONCTION ADMINISTRATIVE EUROPÉENNE : LA DOUBLE INCONSTANCE (1)

Jean SIRINELLI

Professeur à l'Université Paris Est-Créteil

L'œuvre et la carrière du professeur Claude Blumann révèlent, de façon éclairante, le lien particulier unissant le droit de l'Union européenne, le droit public français en général et le droit administratif en particulier. Il semblait alors logique, afin de lui rendre hommage, de revenir sur l'une des problématiques récentes soulevées par les progrès du droit de l'Union, celle du droit administratif européen. Cet objet d'étude reste aujourd'hui source d'incertitudes quant à sa substance et fait l'objet d'approches méthodologiques variées (2). Une même expression regroupe, en effet, des travaux distincts, approches comparatistes, européanistes ou internistes, mais finalement complémentaires. L'une des raisons de ce paysage contrasté est peut-être l'incertitude entourant la notion même de fonction administrative européenne sur laquelle nous nous proposons de revenir également dans ce bref propos (3). Si l'on considère, de façon très générale, le droit administratif européen comme le droit applicable à l'activité administrative européenne, dresser les contours de cette notion devient alors essentiel, bien que périlleux.

En effet, les évolutions récentes et parallèles du droit de l'Union et du droit français témoignent de la difficulté persistante à identifier le contenu, les finalités et le régime de cette activité administrative européenne ; il en découle en retour un obstacle à la compréhension du droit administratif européen. Cette difficulté n'est pas nouvelle et découle de plusieurs facteurs, tenant à la nature même de l'activité administrative et aux spécificités de son exercice dans l'Union européenne (4).

---

(1) Ce titre est emprunté à M. Lombard qui, à propos du service public et sur une problématique finalement liée au droit administratif européen, mettait déjà en lumière les ambiguïtés de celui-ci : « Service public et service universel, ou la double inconstance », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 507.

(2) F. Lafarge « Droit administratif européen : à propos de quelques ouvrages récents », *D.A.*, décembre 2008, p. 28.

(3) Le professeur Blumann a montré à la fois la pertinence et la difficulté d'une telle approche à propos de la fonction législative : Cl. Blumann, *La fonction législative communautaire*, Paris, LGDJ, 1995.

(4) Voy., de façon générale, J. Dutheil de La Rochère (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 27.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

D'abord, de façon générale, et à l'image du droit public interne, la substance de l'activité administrative européenne est difficilement saisissable (5). Si un pouvoir administratif interne, consistant en l'organisation des services et en la direction des agents de l'Union, peut aisément être identifié, il n'en va pas de même du pouvoir administratif externe (6). Ce dernier consiste en l'adoption d'actes juridiques en vue d'assurer l'application des politiques européennes. Classiquement, il peut s'agir du pouvoir de prendre les mesures destinées à la concrétisation matérielle des règles européennes ; cette exécution administrative au sens strict est identifiable bien que partagée entre autorités administratives européennes et nationales. Le pouvoir administratif peut aussi consister en l'adoption d'actes à portée générale visant à préciser les conditions de mise en œuvre des règles européennes ; les frontières de ce pouvoir d'exécution normative sont, quant à elles, plus incertaines. Outre que ces compléments normatifs peuvent être apportés aux niveaux européen et national, les actes de l'Union qui y procèdent sont à la source d'incertitudes, comme l'illustrent notamment les ambiguïtés de la distinction entre actes législatifs, actes délégués et actes d'exécution. Par ailleurs, l'Union européenne est avant tout une puissance normative. De ce point de vue, son activité administrative est avant tout une action normative subordonnée ; la fourniture de prestations matérielles n'apparaît que secondaire, compte tenu de la faible importance des services publics européens effectivement pris en charge au niveau européen. Ce déséquilibre distingue ainsi l'Union des États membres et fait la spécificité de l'activité administrative européenne.

Ensuite, le principe de l'administration indirecte, à la base du système administratif européen, est source de complexité. D'une part, il complique l'identification d'un cadre institutionnel dans lequel s'exerce le pouvoir administratif. Partagé entre les institutions européennes et les autorités nationales, le pouvoir administratif européen ne pourra que très difficilement trouver une unité conceptuelle et juridique. Le droit administratif européen se caractérisera alors par son ambivalence, partagé entre une dimension européenne centrée sur les institutions et organes de l'Union et une dimension nationale relative à l'activité des autorités administratives nationales (7). En outre, le principe d'administration indirecte et ses effets perturbateurs pour l'unité du droit de l'Union expliquent que la problématique de l'exécution du droit européen ait été principalement appréhendée du point de vue vertical et partiel, sous l'angle de la soumission des autorités administratives nationales aux exigences des politiques européennes. D'autre part, dans le cadre de l'administration indirecte, l'ensemble de l'activité des autorités publiques

(5) B. Bertrand, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 81 et s.

(6) Sur la distinction, J. Schwarze, *Droit administratif européen*, 1re éd., t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 29 et s.

(7) C'est cette approche, qui n'est naturellement pas exclusive d'une autre approche, qui sera ici retenue ; en ce sens, J.-B. Auby et J. Dutheil de La Rochère (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nationales peut, le cas échéant, relever d'une fonction d'exécution du droit de l'Union – d'essence administrative – alors même que cette activité ne saurait être rattachée à une quelconque activité administrative au sens du droit national ; tel est particulièrement le cas lorsque le législateur national participe à l'exécution normative des textes de droit dérivé, notamment lors de la transposition des directives européennes. Ce constat pose alors la question, de façon plus fondamentale, de la possible unité et cohérence du droit administratif européen qui prétend régir une activité juridique aussi distincte entre les niveaux européen et national.

Enfin, l'originalité de l'architecture constitutionnelle de l'Union, du point de vue institutionnel et normatif, complique l'identification et la compréhension d'une activité administrative européenne. D'une part, la singularité de la séparation des pouvoirs dans l'Union européenne complique l'identification organique du pouvoir administratif au niveau européen (8). D'autre part, le principe des compétences d'attribution sur lequel repose l'Union européenne et la classification de ces compétences opérée par le traité interfèrent avec l'identification d'une activité administrative ; la délicate articulation de cette systématique des compétences et du principe d'administration indirecte perturbe la compréhension de l'activité administrative européenne. Ainsi, l'existence d'une compétence exclusive de l'Union européenne n'interdit pas le maintien d'une intervention d'exécution des autorités nationales pour la concrétisation de celle-ci.

Ces obstacles à l'identification d'une activité administrative européenne et d'un droit administratif européen qui entendrait la régir ne doivent pas pour autant décourager. Ils expliquent cependant que nous nous attacherons davantage, dans ces quelques lignes, à soulever des questions qu'à y répondre. Pour reprendre un raisonnement inspiré du droit administratif français, et qu'on pourra à ce titre discuter, deux approches principales de l'activité administrative européenne et de son droit sont possibles (9). La première, fonctionnelle, consisterait à identifier et expliquer le droit administratif européen par les finalités particulières de l'activité qu'il régit. La seconde, matérielle, impliquerait, quant à elle, d'appréhender le droit administratif européen par les règles juridiques particulières caractérisant l'action administrative européenne. Or, l'une et l'autre de ces approches n'apparaissent pas pleinement opérantes dans le contexte de l'Union européenne et révèlent ainsi la double inconstance du droit administratif européen. En effet, aux incertitudes de l'approche fonctionnelle (I) répondent, en effet, les limites de l'approche matérielle (II). Ce constat pessimiste fait naître un doute sur l'unité du droit administratif européen, dont la division entre une branche européenne et une branche nationale semble difficilement surmontable. Il n'est cependant pas inutile ; ce constat n'est finalement que la

(8) D. Ritleng, « L'identification de la fonction exécutive dans l'Union européenne », in J. Dutheil de La Rochère (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 27.

(9) Y. Gaudemet, *Droit administratif*, 20e éd., Paris, LGDJ, 2012, p. 42.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

conséquence de la difficulté à saisir le droit de l'Union à partir des schémas et raisonnements inspirés du droit interne. De ce point de vue, ce constat n'oblige pas seulement le juriste à un effort salutaire pour s'affranchir de son cadre de pensée traditionnel et national ; il révèle plus fondamentalement l'autonomie du droit de l'Union, à laquelle le professeur Claude Blumann a toujours attaché la plus grande valeur.

I. – L'INCONSTANCE DE L'APPROCHE FONCTIONNELLE DU DROIT ADMINISTRATIF EUROPÉEN

Tenter d'appréhender le droit administratif européen à travers sa finalité s'avère particulièrement délicat. En effet, au-delà des difficultés entourant l'identification d'une fonction administrative (A), c'est la pertinence même d'une approche fonctionnelle que l'on peut discuter ; pertinente lorsqu'il s'agit d'expliquer et de systématiser le droit administratif européen dans sa dimension européenne, l'approche fonctionnelle semble s'avérer insuffisante lorsqu'il s'agit de l'appréhender dans sa dimension nationale (B).

A. – L'identification incertaine d'une fonction administrative européenne dans l'Union

L'évolution récente du droit de l'Union européenne témoigne non seulement des incertitudes entourant le pouvoir administratif européen, mais plus largement de leur caractère irréductible. En effet, si la Cour de justice cherche à clarifier le régime juridique du pouvoir administratif au niveau européen, elle semble renoncer parallèlement, au moins partiellement, à toute ambition de conceptualisation. Sans doute peut-on y voir les limites de l'influence juridique française sur le droit de l'Union. La culture juridique française reste marquée par le souci d'identifier et de dégager, à partir des normes existantes, des concepts généraux destinés à expliquer et à justifier un corps de règles ou même un système juridique. Elle peut alors sans doute entrer en conflit avec un droit de l'Union européenne qui, alimenté par d'autres traditions juridiques, se préoccupe moins du général que du particulier. Dans le cadre d'une approche et d'une application du droit casuistiques et plus pragmatiques, la résolution du problème juridique posé à la Cour peut se dissocier d'une réflexion plus abstraite visant à la mise en cohérence des principes qui sous-tendent ses décisions. Si la Cour de justice veille, au moins formellement, à montrer l'apparente continuité et cohérence de sa jurisprudence, elle semble cependant moins attachée à dégager, sur le fond, des concepts clairs et généraux dont découlerait l'ensemble de ses solutions (10). Ce constat peut être appliqué à la question du pouvoir administratif dans l'Union européenne. Les tâtonnements juridiques touchent

(10) B. BERTRAND, « Les revirements de politique jurisprudentielle », in E. CARPANO (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 111.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à la fois les actes se rattachant à ce pouvoir et, plus largement, la nature de celui-ci.

Sur le premier point, l'arrêt *Commission c. Parlement et Conseil* (11) du 18 mars 2014 illustre la difficulté à distinguer les actes délégués des actes d'exécution respectivement prévus aux articles 290 et 291 TFUE. Ces deux articles, introduits par le Traité de Lisbonne, participaient d'un mouvement de définition du droit de l'Union européenne en général et du droit administratif en particulier. Censés permettre une meilleure sécurité juridique et une meilleure lisibilité de l'action normative européenne, ces articles soulèvent en retour de nouvelles incertitudes juridiques. D'un côté, le pouvoir d'exécution semble de nature administrative. Il s'agit d'un pouvoir classique de mise en œuvre d'un texte général, consistant à préciser le contenu normatif d'un acte législatif en vue d'en permettre ou d'en faciliter l'application. D'un autre côté, le pouvoir d'adopter des actes délégués est, quant à lui, de nature quasi législative malgré son ambivalence. Conformément à la logique de la délégation, il apparaît en effet comme législatif dans sa substance même s'il est bridé ; selon l'article 290 TFUE, il consiste en le pouvoir d'adopter des règles qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels d'un acte législatif. En revanche, par sa procédure d'adoption, l'acte délégué reste non législatif comme l'implique la classification des actes opérée par le Traité FUE.

L'identification du pouvoir administratif exige ainsi que soit tracée la frontière entre l'action de compléter un acte législatif par des éléments non essentiels et celle d'en préciser ses règles d'exécution. Outre son aspect explicatif, cette œuvre de distinction doit surtout permettre de séparer deux types d'actes soumis à des règles de compétence et de procédure distinctes. En l'espèce, la Cour de justice va renoncer à toute œuvre de construction théorique ; elle esquive les aspects théoriques de sa décision et renonce à toute définition abstraite de ces catégories d'actes. Elle se borne, dans le cadre d'une approche pragmatique et empirique, à élaborer un mode d'emploi pour distinguer les deux types d'actes. Pour la Cour, il convient seulement de vérifier si le texte législatif de base a élaboré un cadre juridique complet qui n'appelle aucun complément normatif pour être appliqué. Si tel est le cas, l'acte adopté pourra être un acte d'exécution seulement destiné à préciser des conditions de mise en œuvre. Dans l'hypothèse inverse, le complément normatif devra être apporté par un acte délégué. Outre son caractère subtil, cette grille de lecture est affectée par le fait que la Cour se borne à un contrôle restreint. Il s'agit ici de donner aux institutions une certaine souplesse dans les techniques d'élaboration des politiques européennes. Cette préoccupation louable renforce cependant, en retour, l'indistinction entre acte administratif et acte quasi législatif.

Sur le second point, l'arrêt *Royaume-Uni c. Parlement et Conseil* du 22 janvier 2014 (12) témoigne de la difficulté à identifier, du point de vue

(11) C.J., 18 mars 2014, *Commission c. Parlement et Conseil*, aff. C-427/12.
(12) C.J., 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c. Parlement et Conseil*, aff. C-270/12.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

matériel, la nature du pouvoir administratif. Plus précisément se pose la question de l'exhaustivité de la classification établie aux articles 290 et 291 TFUE. En l'espèce, la Cour de justice était notamment saisie de la question de la légalité de l'attribution à l'Autorité européenne des marchés financiers d'un pouvoir décisionnel exceptionnel de portée générale et individuelle. La résolution de cette question impliquait donc de savoir si les articles 290 et 291 TFUE épuisent les types de pouvoirs décisionnels de mise en œuvre ou d'exécution en droit de l'Union. Ces articles, ne prévoyant que l'hypothèse de pouvoirs délégués ou d'exécution confiés aux États, à la Commission ou au Conseil, ils pouvaient empêcher l'attribution d'un tel pouvoir normatif à une agence européenne. Pour la Cour de justice, les pouvoirs décisionnels dont est dotée l'Autorité européenne des marchés financiers dans des circonstances exceptionnelles constituent un « pouvoir d'intervention ». De nature indéterminée, ce pouvoir se définit, pour la Cour, par son objectif et son objet précis : « faire face à des évolutions défavorables menaçant la stabilité financière au sein de l'Union et la confiance des marchés [...] dans un domaine exigeant l'articulation d'une expertise professionnelle et technique spécifique ». Ce pouvoir nouveau se distingue de ceux prévus par les articles 290 et 291 TFUE et s'éloigne d'un simple pouvoir d'exécution subordonné. Il peut alors être confié à un autre titulaire que ceux énumérés par ces articles. Une telle solution induit ainsi une complexification du pouvoir administratif en Europe. Celui-ci ne se borne pas à un pouvoir d'exécution ; il consiste aussi en un « pouvoir d'intervention » autonome et résiduel dans certains domaines du marché intérieur. La substance du pouvoir administratif est ainsi plurielle, séparée entre pouvoir d'exécution prévu et organisé par le traité et un pouvoir d'intervention d'origine prétorienne, caractérisé par un cadre matériel et procédural indéfini. Le caractère protéiforme du pouvoir administratif permet à la Cour de multiplier ses détenteurs potentiels. Elle autorise les institutions européennes à envisager l'attribution d'un pouvoir administratif à des autorités non prévues par les traités. À nouveau, le pragmatisme et le maintien d'une liberté d'action au profit des institutions européennes et des États membres semblent l'emporter sur la construction jurisprudentielle d'un cadre institutionnel clair et cohérent où la fonction administrative est distinctement identifiée. Ces obstacles, propres à la dimension européenne, du droit administratif européen se renforcent lorsqu'il s'agit d'appréhender le droit administratif européen dans sa composante nationale.

B. – L'identification insatisfaisante d'une fonction administrative européenne dans les États membres

Tenter d'appréhender le droit administratif européen à travers l'identification d'une fonction administrative européenne se révèle finalement insuffisant. Cette approche, prometteuse lorsqu'il s'agit d'examiner et d'expliquer les règles applicables à l'action des institutions et organes européens, semble, en effet, inadaptée à l'étude des rôles des autorités publiques

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

nationales et des règles qui leur sont appliquées. Ainsi, il paraît nécessaire de privilégier une approche matérielle du droit administratif européen lorsque sont étudiés le rôle et le régime des droits administratifs nationaux.

Malgré une diversité terminologique classiquement constatée (13) et nécessairement perturbatrice (14), deux notions fondamentales semblent émerger du droit primaire et de la jurisprudence : celle d'exécution et celle de mise en œuvre du droit de l'Union. Bien que distinctes, ces deux notions paraissent, *a priori*, renvoyer à une finalité générale convergente, sinon commune : celle de concrétisation des politiques et règles européennes. Pourtant, à l'examen, ces deux notions semblent traduire des réalités juridiques distinctes.

D'une part, la notion d'exécution, dégagée à partir de l'article 291 TFUE, se définit comme « l'élaboration de règles d'application et l'application de règles à des cas particuliers par le moyen d'actes à portée individuelle » (15). Elle se caractérise ainsi par sa dualité, puisqu'elle est classiquement partagée entre une exécution normative du droit de l'Union et une exécution administrative (16) ; la première consiste en l'adoption d'actes de portée générale apportant les compléments normatifs nécessaires à l'application des règles fixées par le droit dérivé ou, exceptionnellement, par le droit primaire. La seconde est relative à la concrétisation matérielle de la règle européenne par son application à un cas particulier au moyen d'une mesure individuelle.

D'autre part, la notion de mise en œuvre, dégagée à partir de l'article 291 TFUE et de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux, semble aujourd'hui devoir être privilégiée, particulièrement lorsqu'il s'agit d'appréhender le rôle des autorités nationales. Si le droit primaire semble la réserver par priorité à l'action des États membres, elle peut aussi englober celle des institutions et organes européens. La notion de mise en œuvre peut être distinguée de celle d'exécution par son champ plus large (17). La mise en œuvre implique, de façon positive, l'adoption d'actes à portée générale ou individuelle nécessaires à l'exécution normative et administrative du droit de l'Union. De ce point de vue, la notion de mise en œuvre intègre celle d'exécution sans que cette dernière l'épuise. En effet, la fonction de mise en œuvre du droit de l'Union implique parallèlement l'obligation pour les autorités publiques nationales de s'abstenir de tout comportement susceptible de porter atteinte au droit de l'Union. La notion de mise en œuvre se

(13) Y. Gautier, « L'État-membre et l'exécution du droit communautaire », in G. Duprat (dir.), *L'Union européenne : droit, politique, démocratie*, Paris, PUF, 1996, pp. 41 et s.

(14) J. Schwarze, U. Becker et C. Pollak, *The Implementation of Community Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 12.

(15) C.J., 23 février 2006, *Commission c. Parlement et Conseil*, aff. C-122/04, *Rec*., p. I-2001, pt 37 ; C.J., 24 octobre 1989, *Commission c. Conseil*, aff. C-16/88, *Rec*., p. 3457.

(16) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2013, p. 358.

(17) J. Sirinelli, « L'acte administratif de mise en œuvre du droit de l'Union », in J.-B. Auby et J. Dutheil de La Rochère, *Traité de droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 949.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

fonde ainsi sur le champ d'application du droit de l'Union puisqu'elle renvoie à l'objectif de garantir l'effectivité du droit européen par le respect de ses règles ; la notion de mise en œuvre s'avère particulièrement opérante pour expliquer l'européanisation des comportements nationaux dans le cadre du phénomène de l'intégration négative (18). Tout acte national entrant dans le champ d'application du droit de l'Union conditionne le respect des règles européennes ainsi que la jouissance effective des droits tirés de celles-ci ; il peut donc, à ce titre, constituer un acte de mise en œuvre, alors qu'il a été adopté pour des motifs étrangers à l'Union européenne.

Les deux notions d'exécution et de mise en œuvre semblent donc traduire des approches différentes, bien que complémentaires du droit administratif européen. La notion d'exécution correspond à une approche fonctionnelle. L'intervention des autorités, européennes comme nationales, trouve son unité dans la finalité qu'elle poursuit : celle de compléter et de concrétiser une règle européenne. Au contraire, la notion de mise en œuvre semble renvoyer à une logique purement matérielle de soumission au droit européen ; elle suppose, de façon générale, le respect de la légalité européenne qui régit la situation visée par l'intervention des autorités publiques nationales (19). Tout comportement administratif entrant dans le champ d'application du droit de l'Union peut donc être appréhendé, quels que soient ses buts, comme un comportement de mise en œuvre du droit européen dès lors que son régime juridique est matérialisé.

Cette seconde approche concerne spécifiquement les autorités nationales. En effet, la distinction de ces deux approches résulte du décrochage entre champ de compétence et champ d'application du droit de l'Union. Le second a une portée plus large et conduit à encadrer (20) l'action des administrations nationales dans des domaines où l'Union ne dispose pourtant d'aucune compétence (21). Cet encadrement des compétences des États membres témoigne d'une européanisation des droits administratifs nationaux qui ne peut être expliquée par un raisonnement finaliste. Cette approche matérielle du droit administratif européen, fondée sur l'application du droit européen aux administrations nationales, conduit à élargir son périmètre. Mais elle induit en contrepartie une dilution de sa spécificité et de sa cohérence. Des actes nationaux, disparates dans leurs finalités et dans leur domaine d'intervention, relèvent pourtant d'un même régime administratif européen. Malgré l'hétérogénéité qu'elle implique, cette approche matérielle du droit administratif européen dans sa dimension nationale semble correspondre au droit de l'Union ; elle ressort de la jurisprudence de la Cour

(18) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 2012.

(19) Voy. Y. Gautier, « L'État-membre et l'exécution du droit communautaire », *op. cit.*, p. 42.

(20) K. Lenaerts, « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 421.

(21) C.J., 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. C-135/08, *Rec.*, 2010 p. I-1449.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de justice relative à l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux. Celle-ci s'applique, au titre de son article 51, lorsque les autorités nationales mettent œuvre le droit de l'Union ; or, pour la Cour de justice, celle-ci a vocation à être appliquée dans toutes les situations régies par le droit de l'Union (22).

Cette approche complique l'unité et la cohérence du droit administratif européen. L'adoption d'actes juridiques subordonnés, car soumis au droit de l'Union et destinés à en concrétiser les règles européennes, peut être appréhendée comme une fonction administrative du point de vue du droit de l'Union. En revanche, il n'en va pas de même si l'on se place du point de vue des droits nationaux. En effet, cette fonction subordonnée de mise en œuvre ne sera pas toujours perçue comme une fonction administrative. La loi, notamment lors des transpositions de directives, ou les décisions de justice participent de cette mise en œuvre. Le prisme du droit administratif européen est donc déformant : il tend à assimiler à une fonction administrative l'exercice de pouvoirs constitutionnels qui en sont pourtant distincts. Cette tendance n'est pas que symbolique puisqu'elle se traduit en termes juridiques. Elle explique, par exemple, la banalisation du statut juridique des pouvoirs constitutionnels en droit interne, comme l'illustrent les exemples de la responsabilité de l'État du fait des lois (23) et des décisions de justice (24) contraires au droit de l'Union qui tendent à s'aligner sur le régime de la responsabilité du fait des actes administratifs illégaux. Le recours à une seule approche fonctionnelle conduit en définitive à une assimilation des autorités publiques nationales peu satisfaisante du point de vue du droit interne. Ces incertitudes se retrouvent cependant dans le cadre de l'approche matérielle du droit administratif européen.

II. – L'INCONSTANCE DE L'APPROCHE MATÉRIELLE DU DROIT ADMINISTRATIF EUROPÉEN

Cette inconstante tient, d'une part, aux frontières incertaines du droit administratif européen dans sa dimension nationale (A) et, d'autre part, à la substance hétérogène de son régime (B).

A. – La contingence des frontières

Il apparaît délicat de déterminer clairement les frontières du droit administratif européen dans sa dimension nationale. Si l'on considère, dans le cadre d'une approche matérielle, que le droit administratif européen désigne l'activité de mise en œuvre du droit de l'Union, entendue comme l'intervention des autorités nationales dans le champ du droit de l'Union, se pose alors la question de la délimitation de ce champ d'application. Plusieurs

(22) C.J., 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10 ; C.J., ordonnance du 28 novembre 2013, *Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio*, aff. C-258/13).
(23) C.E., Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522.
(24) C.E., 18 juin 2008, *Gestas*, n° 295831.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

facteurs compliquent sa résolution ; ceux-ci trouvent leur origine dans les droits européen et national. De façon générale, l'appréciation de la notion de mise en œuvre du droit de l'Union et la détermination des frontières du droit administratif européen semblent subir trois interférences ; celles-ci proviennent du juge de l'Union, du juge national et du justiciable. L'intervention de ces trois acteurs du droit administratif européen conduit à une appréciation du champ d'application du droit de l'Union à la fois relative et subjective.

Tout d'abord, le relativisme de la notion de mise en œuvre du droit de l'Union découle de la jurisprudence de la Cour de justice qui se caractérise par sa complexité. Celle-ci découle notamment des divergences formelles dans la rédaction des décisions du juge ainsi que d'une tendance à la confusion entre la question du champ d'application du droit de l'Union et celle du champ de compétence de la Cour dans le cadre du renvoi préjudiciel. Plus largement, cette complexité résulte du raisonnement du juge lui-même, comme l'illustre la jurisprudence récente (25). Si le principe de l'exigence d'une situation régie par le droit de l'Union est clair (26), ses modalités de mise en œuvre apparaissent moins évidentes. D'une part, l'appréciation de la Cour mobilise une pluralité de critères, dont le nombre n'est pas déterminé de manière exhaustive. Ainsi, pour déterminer si une mesure nationale relève de la mise en œuvre du droit de l'Union, il convient de tenir compte de la finalité de cette mesure, c'est-à-dire du fait qu'elle est une mesure d'exécution d'une disposition du droit de l'Union. La Cour mentionne également le caractère de la mesure ainsi que son objectif qui peut relever ou non de ceux couverts par les traités. Enfin, il appartient au juge de vérifier s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter. La malléabilité de ces indices et leur caractère non exhaustif offrent au juge une marge d'appréciation importante ; celle-ci induit cependant en retour une anticipation difficile des comportements nationaux pouvant être considérés comme relevant de la mise en œuvre du droit de l'Union (27). D'autre part, le juge recourt plus généralement à un standard par nature indéterminé. La mobilisation de ces critères doit, en effet, permettre au juge de déterminer l'existence d'un « lien de rattachement d'un certain degré » du comportement national au droit de l'Union. L'appréciation de ce degré laisse à nouveau au juge une marge de manœuvre conséquente.

Ensuite, ce relativisme de la notion de mise en œuvre découle de la perturbation née de l'appropriation du raisonnement européen par le juge national. L'exemple du droit français le confirme ; le Conseil d'État apprécie le champ d'application du droit de l'Union de façon à la fois pragmatique et restrictive, même s'il peut se montrer soucieux du droit de l'Union et de son

(25) C.J., 6 mars 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13.
(26) C.J., 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10.
(27) Voy., p. ex., C.J., 27 mars 2014, *Torralbo Marcos*, aff. C-265/13.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

effet utile (28). Son raisonnement est ainsi source d'incertitude juridique et se révèle ambivalent. D'une part, lorsqu'est invoquée devant lui la contrariété d'un acte administratif au droit dérivé de l'Union européenne, la question de l'applicabilité du droit de l'Union ne semble pas se poser, le juge acceptant naturellement d'opérer ce contrôle de compatibilité (29). D'autre part, le Conseil d'État se montre plus prudent lorsque sont invoqués devant lui les principes généraux du droit de l'Union européenne ou la Charte des droits fondamentaux. Dans cette hypothèse, il recherche si « la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire » (30). Tel est, par exemple, le cas lorsqu'est en cause la répétition d'aides versées en application d'une réglementation de l'Union (31) de restitutions à l'exportation versées en application d'une réglementation européenne (32). Dans le cadre de cette recherche, le juge administratif vérifie l'existence d'une réglementation européenne spécifiquement applicable à la situation (33) en cause ; il semble aussi accorder une grande importance à la finalité de l'acte administratif en cause (34). Cette résurgence d'une logique finaliste au niveau national contraste avec l'approche européenne et doit être conciliée avec elle. On peut ainsi s'interroger sur l'orthodoxie européenne d'un raisonnement selon lequel, « lorsque l'acte attaqué est d'une manière ou d'une autre dans le champ du droit de l'Union sans pour autant en faire application ou être pris en application de celui-ci, l'invocation des principes posés par la Charte est inopérante » (35). Cette ambivalence est résumée par l'arrêt *Cherence* (36) ; en l'espèce, le Conseil d'État considère que le requérant ne peut utilement se prévaloir de la Charte des droits fondamentaux au motif que le décret attaqué n'a pas pour objet de mettre en œuvre le droit de l'Union européenne. Pourtant, dans la même décision, il contrôle le respect de la directive 2000/78/CE par le décret. Ainsi, la jurisprudence administrative laisse, en tout état de cause, subsister une certaine insécurité juridique quant à la question du champ d'application exact des règles européennes. Il résulte de cette interférence nationale une détermination complexe et incertaine du droit administratif européen dans sa perspective nationale.

(28) C.E., Sect., 7 avril 2011, *SOS Racisme*, n° 343387 ; voy. D. Ritleng, « La portée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Rev. trim. dr. eur.*, 2012, p. 887.

(29) P. ex., C.E., 4 mars 2009, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, n° 310979.

(30) C.E., Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG e.a.*, n° 288460 ; C.E., 27 juillet 2012, *Société ST informatique services*, n° 327850.

(31) C.E., 26 mai 2010, *Société Flandres Picardie Lait*, n° 306420.

(32) C.E., 27 juillet 2009, *Société Lactalis Industrie*, n° 292620.

(33) P. ex., C.E., 28 juin 2013, *Société hérouvillaise d'économie mixte pour l'aménagement*, n° 344021.

(34) Voy., p. ex., C.E., 10 avril 2009, *Association pour le maintien de l'élevage en Bretagne*, n° 310184 : la contestation d'un décret adopté pour tirer les conséquences d'une procédure en manquement engagée contre la France en raison de la méconnaissance d'une directive est régie par le droit de l'Union européenne.

(35) M. Vialettes, concl. sur C.E., 13 mars 2013, *Cherence*, *RJEP*, novembre 2013, comm. 48.

(36) C.E., 13 mars 2013, *Cherence*, n° 352393.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Enfin, l'appréciation de la notion de mise en œuvre semble dépendre des choix du justiciable. Il est, à ce titre, possible d'évoquer une appréciation subjective du champ d'application du droit de l'Union et des frontières du droit administratif européen qui est source de difficultés. Pour déterminer si la situation d'un requérant relève de la mise en œuvre du droit de l'Union par les autorités nationales, le juge est conduit à raisonner à partir de l'argumentation juridique et contentieuse de ce dernier, et non de sa situation objective au regard des règles applicables. L'arrêt *Iida* illustre ce phénomène (37). Le requérant japonais, marié à une ressortissante allemande et père d'une jeune fille ayant la nationalité allemande, contestait devant le juge le refus de l'administration allemande de lui accorder une carte de séjour en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union. Dans le cadre de ce recours, il invoquait notamment le droit au respect à la vie privée et familiale et les droits de l'enfant garantis par les articles 7 et 24 de la Charte des droits fondamentaux. Saisi d'un renvoi préjudiciel, la Cour de justice a alors dû s'interroger sur la question de savoir si le refus des autorités allemandes d'accorder au requérant cette carte de séjour relevait de la mise en œuvre du droit de l'Union. Le juge de l'Union a considéré que la situation du requérant ne présentait aucun lien de rattachement avec le droit de l'Union. En effet, le refus délivré par les autorités allemandes n'avait pas pour effet de priver la fille ou l'épouse du requérant « de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à leur statut de citoyen de l'Union ou d'entraver l'exercice de leur droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ». Pourtant, ainsi que le relève la Cour de justice, le requérant aurait pu obtenir une carte de séjour sur le fondement de la directive 2003/109 transposée par la loi allemande ; en effet, il pouvait bénéficier du statut de résident de longue durée au sens de cette directive. Cependant, le requérant n'en avait pas fait la demande. Appréciée de manière objective, et finalement hypothétique, la situation du requérant était régie par des dispositions du droit allemand transposant la directive 2003/109 dont il aurait pu se prévaloir devant l'administration, puis le juge. Si, compte tenu de l'argumentation du requérant, les autorités allemandes n'appliquaient pas le droit de l'Union, la situation de celui-ci relevait pourtant potentiellement de ce dernier, qu'il aurait pu ainsi invoquer. En définitive, il semble bien que l'identification des cas de mise en œuvre du droit de l'Union européenne par les autorités nationales et la détermination des frontières du droit administratif européen qu'elle permet subissent l'interférence des choix des justiciables. Pourtant, il serait peut-être plus pertinent, comme le relèvent les avocats généraux, que seules « la nature et la teneur de la mesure nationale, et non pas les faits du litige au principal, [...] déterminent si la Cour répond aux questions préjudicielles qui lui sont posées » (38).

(37) C.J., 8 novembre 2012, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm*, aff. C-40/11.

(38) Concl. Av. gén. Geelhoed dans les aff. C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99 ; voy. aussi concl. Av. gén. Wahl dans les aff. jtes C-159/12 à C-161/12.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

B. – L'incertitude du régime

Malgré le perfectionnement des règles du droit administratif européen, il demeure des incertitudes dans ses aspects institutionnels et substantiels. Ceux-ci révèlent l'inconstance du droit administratif européen, touché par des évolutions divergentes. D'une part, du point de vue institutionnel, on constate le renforcement vertical et horizontal de l'intégration administrative. D'autre part, du point de vue substantiel, le droit administratif européen a pour caractéristique d'admettre une diversité des règles en son sein à travers la reconnaissance des particularismes des droits administratifs nationaux. Le droit administratif européen semble ainsi traversé par deux forces parallèles : l'une centripète découlant du rapprochement institutionnel, l'autre centrifuge découlant de la diversité admise des techniques et règles nationales.

Sur le premier point, l'imbrication croissante des administrations nationales et européennes permet d'envisager le dépassement de la classification opposant administration directe et indirecte ; un tel dépassement des catégories traditionnelles soulève des difficultés (39). Il est ainsi possible de constater le développement d'une sorte de *continuum* administratif entre les niveaux européen et national. Bien qu'appartenant à des ordres juridiques distincts, les deux niveaux administratifs œuvrent de concert, grâce à l'instauration de procédures et d'institutions administratives fusionnelles. Les progrès de l'intégration européenne ont ainsi progressivement brouillé les frontières entre les administrations nationales et européennes à un double point de vue, compliquant la compréhension du droit européen. D'un côté, les administrations nationales exercent leur fonction dans un cadre institutionnel européanisé. Cette intégration ascendante, en vertu de laquelle les administrations nationales exercent leur pouvoir en association avec le niveau européen, ne nous intéressera pas ici. On se bornera à rappeler que les formes et le degré de cette association varient, ses modalités paraissant déclinables à l'infini, allant d'une simple information à une véritable coopération entre les autorités nationales et la Commission, en passant par une association informelle.

D'un autre côté, dans le cadre d'une intégration descendante, l'administration de l'Union européenne intervient selon des modalités permettant une association ou une participation des instances nationales. L'exercice du pouvoir administratif européen dans un cadre institutionnel partiellement nationalisé rend alors plus complexe sa détermination. Cette association des instances nationales est ancienne, comme en témoigne la technique de la comitologie. Elle tend aujourd'hui à s'approfondir, notamment dans le domaine économique. D'une part, une telle évolution découle de l'adaptation de l'administration directe, touchée par une logique de décentralisation. Le

(39) S. Cassese, « Le droit administratif européen présente-t-il des caractères originaux ? », in *Mouvement du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1187.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

règlement n° 2003/1 du 16 décembre 2002 (40) a ainsi procédé à la décentralisation relative de l'application des règles de concurrence du traité (41), cette dynamique se retrouvant aussi dans le cadre du contrôle des concentrations. Terrain privilégié de l'exercice du pouvoir administratif européen, le contrôle des règles européennes de concurrence implique ainsi désormais l'association des autorités de concurrence nationales, sous le contrôle de la Commission. Le pouvoir administratif n'est ainsi plus seulement situé au niveau européen. Ce constat montre les limites de l'effort de simplification engagé par le Traité de Lisbonne. L'énumération et la classification des compétences de l'Union européenne ne permettent pas de clarifier la question du pouvoir administratif européen. En effet, l'existence d'une compétence exclusive, comme en matière de concurrence, n'implique pas nécessairement l'exclusivité de l'intervention administrative européenne. D'autre part, cette évolution résulte de l'instauration d'institutions européennes pérennes qui intègrent, en leur sein, des représentants des autorités nationales. De façon générale, le recours aux autorités indépendantes, tant aux niveaux national qu'européen, tend ainsi à faciliter et à renforcer la coordination entre les niveaux national et européen. Les autorités indépendantes créées au niveau européen sont en charge d'une mission de supervision de nature administrative ; pour la mener, elles disposent de prérogatives juridiques variables. Le point commun de ces formes nouvelles d'administration européenne est leur caractère hybride : organismes de droit européen agissant à l'échelon européen, elles sont pourtant indissociables, par leur composition, de l'échelon administratif national. On peut, par exemple, citer l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques ou l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie. Surtout, à la suite de la crise financière, l'Union européenne a mis en place le *Système européen de surveillance financière* ; les autorités administratives qui le composent se caractérisent par l'association étroite, en leur sein, des administrations nationales. Ainsi, le *Comité européen du risque systémique* et les trois *Autorités européennes de surveillance* regroupent en leur sein des représentants des institutions européennes et nationales compétentes en ce domaine. L'association des administrations nationales qu'une telle composition permet assure une appréhension globale des risques systémiques et une supervision plus efficace. Cette association n'en témoigne pas moins d'une nationalisation de l'administration européenne et de son droit qui en perturbe la compréhension.

Sur le second point, on peut noter l'existence de règles ou principes modérateurs du droit administratif européen qui ont pour effet de maintenir, malgré l'effet de convergence des droits nationaux qu'il induit, les

(40) Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 81 et 82 du traité, *JO*, L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

(41) Voy., p. ex., L. Idot, « Le règlement 1/2003 : vers une fédéralisation, une communautarisation, ou une renationalisation du droit de la concurrence ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 117.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

spécificités des règles administratives des États membres. On constate l'émergence d'un régime administratif commun, notamment fondée sur la Charte des droits fondamentaux et certains textes de droit dérivé, comme la directive « services » (42). Mais cette unification reste relative. D'abord, se pose la question de la base juridique pour mener une action d'unification des droits administratifs nationaux. Par exemple, introduit par le Traité de Lisbonne, l'article 197 TFUE, qui permet d'adopter des règles administratives au niveau européen, n'apparaît pas pleinement efficace. Il ne correspond qu'à l'exercice d'une compétence d'appui à l'intensité normative réduite. Ensuite, les principes de subsidiarité et de proportionnalité viennent encadrer l'intensité normative européenne et limiter son œuvre d'uniformisation des droits nationaux. Plus généralement, l'autonomie institutionnelle et procédurale permet l'existence de particularismes nationaux seulement tempérés par l'exigence de non-discrimination et le standard de l'effectivité. Enfin, les juges nationaux se saisissent de ces principes modérateurs pour procéder, eux-mêmes, à une forme d'acculturation des droits européen et national. La jurisprudence récente du Conseil d'État l'illustre ; dans une décision du 4 juin 2014 (43), le juge administratif français considère qu'il « appartient aux États membres, dans le cadre de leur autonomie procédurale, de déterminer les conditions dans lesquelles doit être assuré, pour les ressortissants des États tiers en situation irrégulière, le respect du droit d'être entendu » garanti par la Charte des droits fondamentaux. Le juge national devient ainsi l'interprète des obligations fondamentales du droit administratif européen dans le cadre de son ordre juridique. Si son interprétation est naturellement inspirée des solutions de la Cour de justice et peut être, le cas échéant, directement imposée en cas de renvoi préjudiciel, il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'une marque d'autonomie. La référence à l'autonomie procédurale est ainsi le moyen pour le juge d'adapter dans la mesure du possible la règle européenne aux exigences de son ordre juridique. À l'image du droit de l'Union en général, le droit administratif européen tente finalement de concilier en son sein unité et diversité. L'équilibre subtil qu'il doit atteindre, par définition relatif et fluctuant, illustre parfaitement son inconstance intrinsèque.

(42) Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, *JO*, L 376 du 27 décembre 2006.

(43) C.E., 4 juin 2014, *M. B.*, n° 370515.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Droit administratif européen et fonction administrative européenne : la double inconstance
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

LES AMBIGUÏTÉS DU CONTRÔLE DU « CRITÈRE DE LA PROTECTION ÉQUIVALENTE » PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Frédéric SUDRE

Professeur à l'Université Montpellier I,
Directeur de l'Institut de droit européen des droits de l'homme (IDEDH. EA 3976)

Envisagée sous l'angle du contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme, la question de l'équivalence de la protection des droits fondamentaux est une question sensible en ce qu'elle touche à l'« exigence existentielle » de l'autonomie du droit de l'Union, qui cimente une « doctrine consensualiste sur l'essentiel » (1), pour reprendre l'expression du professeur Claude Blumann, à qui nous sommes heureux d'offrir en hommage amical cette étude. Notre propos n'est pas d'entretenir des « querelles internes » au sein de la doctrine « européaniste » – celle du droit de l'Union et du droit de la Convention – mais, bien au contraire, de favoriser une meilleure compréhension de la question de la « protection équivalente », telle qu'elle est abordée par la Cour de Strasbourg dans une jurisprudence de prime abord déconcertante.

Rendu le 26 novembre 2013, l'arrêt *Al-Dulimi et Montana management Inc. c. Suisse* (2) met fin aux atermoiements de la jurisprudence antérieure de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la responsabilité des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme en raison de leur appartenance à l'ONU (3) en décidant de faire application du « critère de la protection équivalente », issue de la fameuse jurisprudence *Bosphorus* (4), dans une affaire relative à la décision des autorités suisses de confisquer les avoirs des requérants à la suite de leur inscription sur les « listes noires » établies par le Conseil de sécurité des Nations unies. Ainsi que l'affirme la Cour dans cet arrêt, « la présomption de protection équivalente vise en particulier à éviter qu'un État partie soit confronté à un dilemme lorsqu'il lui faut invoquer les obligations juridiques qui s'imposent à lui, en raison de son appartenance à une organisation internationale non partie à la

(1) Cl. Blumann, « Querelles internes », in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 97.

(2) *J.C.P. (éd. G)*, 2014, doctr. 79, chron. F. Sudre.

(3) Décision, gde ch., 31 mai 2007, *Behrami et Behrami c. France* et *Saramati c. Allemagne, France et Norvège* (2 aff.), n° 71412/01 ; *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, gde ch., *RDP*, 2012-3, p. 786, obs. F. Sudre ; *Nada c. Suisse*, 12 septembre 2012, gde ch., § 120, *Rev. trim. dr. eur.*, 2013-3, p. 515, note R. Tinière.

(4) *Bosphorus Airways c. Irlande*, 30 juin 2005, gde ch., *GACEDH*, n° 71.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Convention [...]. Or, [...], ce dilemme peut se présenter pour un État aussi bien du fait de son appartenance à l'Union européenne, en tant qu'organisation supranationale de vocation européenne, qu'en sa qualité d'État membre des Nations unies » (§ 116).

Conçu pour l'Union européenne, le dispositif de la présomption de protection équivalente – que nous nommerons, par commodité, « dispositif *Bosphorus* » – est désormais étendu à l'ONU, après avoir été appliqué à l'OTAN (5) et à l'Office européen des brevets (6), confirmant – à tout le moins dans le cadre de la Convention – la vocation du principe de la protection équivalente à devenir « une sorte de "principe général" de régulation des rapports de systèmes » (7).

Rappelons que, devant la Cour européenne des droits de l'homme, la question de la responsabilité d'un État partie pour violation de la Convention du fait de son appartenance à une autre organisation internationale se pose d'abord en termes d'imputabilité de l'acte litigieux à l'État partie et d'établissement de la compétence de la Cour – *ratione personae*, au premier chef – pour connaître de la requête dont elle est saisie. Le point d'ancrage de la jurisprudence *Bosphorus* se situe donc dans la notion de « juridiction » au sens de l'article 1er de la Convention (8). L'arrêt *Bosphorus* applique au droit de l'Union, qui ne bénéficie d'aucun traitement particulier (§ 153), le principe selon lequel les États répondent de leur respect de la Convention à raison de l'exercice de l'« ensemble de leur "juridiction" », quel que soit le type de normes ou de mesures en cause (9), et sont responsables de tous les actes et omissions de leurs organes internes, s'ils sont contraires à la Convention, qu'ils soient accomplis en application du droit interne ou d'obligations internationales (10). En conséquence, la conclusion par les États parties de traités internationaux ne permet pas de les libérer des obligations contractées dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme (11) ; plus précisément, le transfert de compétences à une organisation internationale ne délie pas les États de leurs responsabilités au regard de la Convention pour les compétences transférées, car, comme le rappelle la Cour, cela « serait contraire au but et à l'objet de la Convention » (12).

(5) Décision, 12 mai 2009, *Gasparini c. Italie et Belgique*, no 10750/03.
(6) Décision, 16 juin 2009, *Rambus Inc. c. Allemagne*, no 40382/04.
(7) S. Platon, « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », in L. Potvin-Solis, *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 484.
(8) *Ilascu e.a. c. Moldavie et Russie*, 8 juillet 2004, gde ch., *GACEDH*, no 70.
(9) *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, 30 janvier 1998, gde ch., § 29, *GACEDH*, no 6.
(10) Com., décision, 9 décembre 1987, *E. Tete*, *D. et R.*, 54, p. 52 ; décision, 9 février 1990, *M. et Co. c. RFA*, *RUDH*, 1991, p. 134.
(11) Com., décision, 10 juin 1958, no 235/256, *Ann.*, 2, p. 257.
(12) *Beer et Regan c. Allemagne*, 18 février 1999, § 57.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Sur ces bases, le « dispositif *Bosphorus* » se déploie en trois temps (13). Un, l'État est présumé « respecter les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation », dès lors que celle-ci « accorde aux droits fondamentaux une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention » ; précision faite qu'une protection « équivalente » n'est pas une protection « identique », mais une protection « comparable ». Deux, cette présomption de protection équivalente n'est pas absolue et peut être renversée si, « dans une affaire donnée », apparaît une « insuffisance manifeste » dans la protection des droits. Trois, l'État partie demeure toutefois « entièrement responsable au regard de la Convention "de tous les actes ne relevant pas strictement de ses obligations juridiques internationales, notamment lorsqu'il a exercé un pouvoir d'appréciation" ».

En tant qu'« instrument de reconnaissance des systèmes » (14) ou « principe de régulation contentieuse des rapports entre systèmes juridiques » (15), le dispositif de la présomption de protection équivalente a retenu, à juste titre, l'attention récente de la doctrine (16). Par contre, la méthodologie même du contrôle du « critère de la protection équivalente » mis en place par la Cour européenne est restée dans l'ombre. Or le déploiement du principe de la protection équivalente, en ce qu'il est un instrument d'arbitrage d'un conflit entre des normes issues de systèmes juridiques différents permettant à un juge « de ne pas exercer son contrôle au regard de normes dont il est le gardien s'il apparaît que les normes issues de l'autre ordre juridique offrent une protection équivalente » (17), devrait, *a priori*, ne pas s'effectuer à la légère et répondre à une méthodologie rigoureuse.

L'examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme conduit pourtant à constater que tel n'est pas vraiment le cas et que nombre d'ambiguïtés pèsent sur le contrôle de la présomption de protection équivalente qu'exerce la Cour. Ambiguïtés qui tiennent à l'incertitude de l'établissement de la compétence *ratione personae* de la Cour (I),

(13) *Bosphorus*, §§ 155-157 ; *Al Dulimi*, § 114.

(14) E. Dubout, « Du jeu des présomptions dans un espace normatif pluraliste », note sous Cour eur. D.H., gde ch., *MSS c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, *J.C.P. (éd. G)*, 2011, note 466.

(15) S. Platon, « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », *op. cit.*, p. 468.

(16) Voy. E. Dubout, « Du jeu des présomptions dans un espace normatif pluraliste », *op. cit.* ; S. Platon, « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », *op. cit.* ; F.-X. Millet, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012-2, p. 307 ; C. Picheral, « Le mode d'ajustement de la Cour EDH au droit communautaire. Mérites et limites de la théorie de l'équivalence », in C. Picheral et L. Coutron (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union et CEDH*, coll. Droit de la CEDH, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 69 ; F. Malhière, « Le contrôle de l'équivalence des protections des droits fondamentaux : les juges et les rapports de systèmes », *RDP*, 2013-6, p. 1523.

(17) J.-P. Jacqué, « Primauté du droit international *versus* protection des droits fondamentaux », note sous l'arrêt *Kadi*, *Rev. trim. dr. eur.*, 2009, p. 173.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

à l'ambivalence du constat d'équivalence (II) et à l'équivoque du constat de non-application de la présomption de protection équivalente (III).

I. – L'INCERTITUDE DE L'ÉTABLISSEMENT DE LA COMPÉTENCE *RATIONE PERSONAE* DE LA COUR

L'exercice par la Cour européenne, à l'occasion d'une affaire donnée, du contrôle de la « protection équivalente » suppose, au préalable, l'établissement par la Cour de sa compétence *ratione personae* à l'égard de l'État défendeur. Les faits allégués doivent être imputables à cet État et relever de sa « juridiction » – comprise ici dans sa dimension personnelle –, faute de quoi la requête sera incompatible *ratione personae* et déclarée irrecevable sur le fondement de l'article 35, paragraphe 3, a, de la Convention. La « question préalable » (18) de l'imputabilité des actes litigieux à l'État partie est donc au cœur du « dispositif *Bosphorus* ». En bref, l'établissement de la compétence *ratione personae* de la Cour est en principe, et logiquement, la clé d'entrée d'un éventuel contrôle du « critère de l'équivalence » et seuls deux cas de figure sont *a priori* envisageables : soit la requête est incompatible *ratione personae* avec la Convention – donc, irrecevable – et le débat sur la « protection équivalente » n'a pas lieu d'être, soit la requête est compatible *ratione personae* et la voie au contrôle ultérieur de la « protection équivalente » est alors ouverte. Mais la logique ne prévaut pas toujours...

La requête est incompatible *ratione personae* avec la Convention lorsque le litige s'inscrit entièrement dans l'ordre juridique interne d'une organisation internationale possédant une personnalité juridique distincte de celle de ses États membres et que l'État partie s'est abstenu de toute intervention directe ou indirecte. La responsabilité de l'État partie à la Convention ne peut alors être engagée au regard de celle-ci en raison de ses actions ou omissions tenant à son appartenance à cette organisation internationale. La Cour en a jugé ainsi en matière de contentieux de la fonction publique internationale (19), de justice pénale internationale (20) et, dans un premier temps, des actes nationaux d'application d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies prise en application du chapitre VII de la Charte. On sait en effet que, par sa décision de grande chambre du 31 mai 2007, *Behrami et Behrami c. France* et *Saramati c. Allemagne, France et*

(18) Selon la juste expression de D. SZYMCZAK et S. TOUZÉ, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI*, 2012, p. 732.

(19) Décision, 9 septembre 2008, *Boivin c. France, Belgique et 32 États membres du Conseil de l'Europe*, nº 73250/01, décision, 9 décembre 2008, *Connolly c. 15 États membres de l'Union européenne*, nº 73274/01, décision, 16 juin 2009, *Beygo c. 46 États membres du Conseil de l'Europe*, nº 36099/06 : litige, respectivement, entre un fonctionnaire international et Eurocontrol, la Commission européenne, le Conseil de l'Europe.

(20) Décision, 9 juin 2009, *Galic c. Pays-Bas*, nº 22617/07, décision, 9 octobre 2012, *Djokaba Lambi Longa c. Pays-Bas*, nº 33917/12 : détention et procès devant le TPIY et devant la CPI.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Norvège (21), la Cour s'est déclarée incompétente *ratione personae* pour connaître de tels actes, accordant par là même à ces actes une immunité de juridiction totale. Elle considère que de tels actes, qui sont primordiaux pour la réalisation par l'ONU du « but impératif de maintien de la paix et de la sécurité qui lui est assigné » et, partant, pour l'accomplissement par le Conseil de sécurité du mandat qui lui est confié par le chapitre VII (§ 149), sont directement imputables à l'ONU, qui « n'est pas une Partie contractante à la Convention », et ne sauraient relever de son contrôle car cela s'analyserait en « une ingérence dans l'accomplissement d'une mission essentielle de l'ONU ».

La compétence *ratione personae* de la Cour est établie dès lors que l'État partie n'agit pas en tant et pour le compte de l'organisation internationale dont il est membre et exerce sa « juridiction » au sens de l'article 1er de la Convention. Le critère de l'imputabilité de l'acte litigieux à l'État partie réside peu ou prou dans une intervention quelconque de cet État. La Cour établit ainsi rapidement sa compétence *ratione personae* pour connaître des actes nationaux d'application du droit de l'Union européenne, considérant que cela ne soulève « aucun problème » s'agissant de mesures mises en œuvre par les autorités de l'État partie sur leur territoire national en exécution d'obligations leur incombant dans le cadre communautaire (22). La démarche de la Cour est cependant très discutable quand elle établit implicitement sa compétence *ratione personae* pour passer directement au contrôle du « critère de l'équivalence », alors même que le lien qui justifie l'imputation est très faible. Il en va ainsi dans l'affaire *Cooperatieve producentenorganisatie van de Nerelandse Kokkelvisserij U. c. Pays-Bas* (23), où est en cause la compatibilité avec l'article 6, § 1, de la Convention de la procédure préjudicielle de l'article 234 TCE et où l'implication de l'État tient uniquement au fait que la procédure a été déclenchée par le juge national.

La Cour européenne est manifestement plus vigilante pour vérifier l'imputabilité des actes litigieux à l'État partie lorsque ces actes sont en lien avec l'appartenance de l'État à l'Organisation des Nations unies, prenant soin de rappeler le principe selon lequel « la "juridiction", au sens de l'article 1er, est une condition *sine qua non* pour qu'un État contractant puisse être

(21) Deux aff., nº 71412/01 et nº 78166/01, *RGDI publ.*, 2008, p. 85, obs. P. Lagrange. Voy. aussi, décision, 16 octobre 2007, *Beric e.a. c. Bosnie-Herzégovine*, nº 36257/04 : décisions du Haut représentant pour la Bosnie agissant sur délégation de pouvoirs du Conseil de sécurité dans le cadre du chapitre VII.

(22) *Bosphorus*, préc., § 137. Décision, 10 octobre 2006, *Coopérative des agriculteurs de Mayenne et coopérative laitière Maine-Anjou-France*, nº 16931/04 : prélèvement, fixé par un règlement communautaire, imposé pour dépassement des quotas laitiers. Décision, 9 décembre 2008, *Établissements Biret c. France*, nº 13762/04 : mesures d'interdiction d'importation de viande de bœuf prises en application de directives communautaires.

(23) Décision, 20 janvier 2009, *Cooperatieve producentenorganisatie van de Nerelandse Kokkelvisserij U. c. Pays-Bas*, nº 13645/05, *J.C.P. (éd. G)*, 2009, I, 143, nº 11, chron. F. Sudre. Voy. Fl. Benoît-Rohmer, « Bienvenu aux enfants de *Bosphorus* : la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales », *Rev. trim. dr. h.*, 2010-81, p. 19.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

tenu pour responsable des actes ou omissions à lui imputables qui sont à l'origine d'une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention » (24).

Ainsi, dans l'affaire *Al-Jedda c. Royaume-Uni* (25), relative à l'intervention des forces multinationales en Irak et à l'internement d'un ressortissant irakien pendant plus de trois ans, de 2004 à 2007, dans un camp administré par les forces britanniques, la Cour se prononce en premier lieu sur la « juridiction » (art. 1er) du Royaume-Uni et l'imputabilité de l'internement (§§ 74-86) avant de statuer sur la violation alléguée (art. 5, § 1er). Se détachant de sa jurisprudence antérieure *Behrami et Behrami c. France* (préc.), la Cour considère que le Conseil de sécurité n'exerçait « ni un contrôle effectif ni l'autorité et le contrôle ultimes sur les actions et omissions des soldats de la force multinationale » (§ 84), et juge que l'internement du requérant n'est pas imputable à l'ONU mais au Royaume-Uni, le requérant ayant relevé pendant la durée de son internement de la « juridiction » de cet État. Poursuivant son évolution, la Cour considère désormais, de manière plus systématique, qu'elle est compétente *ratione personae* pour connaître d'actes nationaux d'application d'une résolution du Conseil de sécurité prise en vertu du Chapitre VII de la Charte, dès lors que la résolution « charge les États d'agir en leur propre nom et de [la] mettre en œuvre au niveau national » : dans ses arrêts *Nada c. Suisse* (12 septembre 2012) et *Al Dulimi c. Suisse* (26 novembre 2013), la Cour constate ainsi que les mesures imposées par les résolutions du Conseil de sécurité ont été mises en œuvre au niveau interne par décision du Conseil fédéral (26). De tels actes relèvent de la « juridiction » de l'État partie, quand bien même celui-ci ne disposerait que d'une latitude restreinte (27).

La compatibilité *ratione personae* de la requête et, partant, l'établissement de la compétence *ratione personae* de la Cour sont des conditions préalables qui doivent être nécessairement satisfaites avant tout contrôle au fond de l'équivalence de la protection. La jurisprudence européenne connaît cependant deux séries d'anomalies qui mettent à mal cette logique procédurale.

C'est l'hypothèse, en premier lieu, du contrôle du critère de la protection équivalente sans contrôle préalable de la compatibilité *ratione personae* de la requête. Il en va ainsi lorsque la Cour ayant à connaître, dans le cadre d'un litige relatif à la fonction publique internationale, d'une décision d'un organe d'une organisation internationale (l'OTAN, en l'espèce), en l'absence de toute intervention directe ou indirecte imputable à l'État partie, n'hésite pas, malgré des décisions antérieures contraires rendues dans des affaires

(24) *Al-Dulimi*, préc., § 88 ; *Al Jedda*, préc., § 74 ; *Nada*, préc., § 118.
(25) *Al-Jedda*, 7 juillet 2011, préc. Voy. aussi, *Al-Skeini c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, gde ch., RGDI publ., 2012-1, p. 61, note P.-F. Laval.
(26) Nada, préc., § 121 ; *Al-Dulimi*, préc., § 90 : inscription sur les listes antiterroristes établies par le Conseil de sécurité.
(27) *Nada*, § 180.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

similaires (28), à contrôler s'il n'y a pas une lacune structurelle dans le fonctionnement de ladite organisation telle que, au moment où les États parties ont adhéré à cette organisation, la protection des droits fondamentaux « globalement offerte » par celle-ci ne serait pas équivalente à celle assurée par la Convention (29). On ne voit guère en quoi le fait que le requérant ait invoqué non une décision particulière, mais une insuffisance structurelle dans la protection des droits fondamentaux (30), justifie de passer outre le défaut d'imputabilité manifeste des actes litigieux à l'État défendeur et, malgré l'incompétence *ratione personae* de la Cour, de traiter de manière singulière l'OTAN (31) par rapport aux autres organisations internationales pour procéder à un contrôle au fond de l'équivalence globale de la protection. Contrôle, au demeurant, qui s'avère purement formel pour ne pas dire qu'il est surréaliste : à quoi rime le constat qu'en 1951 (32), les États parties pouvaient « à bon droit » considérer que le mécanisme de règlement des conflits du travail interne à l'OTAN était conforme aux exigences de l'article 6 de la Convention ? C'est, ni plus ni moins, que conférer une « immunité d'appartenance » à l'OTAN (33).

C'est l'hypothèse, en second lieu, d'une appréciation de l'équivalence de la protection qui précède un constat d'incompatibilité *ratione personae* de la requête, alors même que celui-ci exclut le principe de cette appréciation. Ainsi, dans l'affaire *Connolly* (préc.), la Cour commence par rappeler, en se fondant sur *Bosphorus*, que la protection offerte par l'ordre juridique communautaire est « équivalente » à celle assurée par la Convention avant de constater que les violations alléguées ne sont pas imputables aux États mis en cause !

L'ambiguïté du contrôle exercé par la Cour sur « le critère de la protection équivalente » tient aussi au mélange des genres que pratique la Cour…

II. – L'ambivalence du constat d'équivalence de la protection des droits fondamentaux

Mélange des genres qui tient au fait qu'une décision d'irrecevabilité peut cacher une décision au fond de non-violation de la Convention. Ainsi, la reconnaissance par la Cour que l'autre système (de l'organisation internationale concernée) offre une protection équivalente à celle de la Convention pourra prendre la forme aussi bien d'une décision d'irrecevabilité que d'un

(28) Décisions *Connolly* et *Boivin*, préc.

(29) Décision, 12 mai 2009, *Gasparini c. Italie et Belgique*, nº 10750/03.

(30) Comp. avec les décisions *Boivin* et *Beygo*, préc.

(31) Voy. aussi, moins nette, la décision 40382/04, *Rambus Inc. c. Allemagne*, 16 juin 2009, relative à l'Office européen des brevets. Dans ses décisions *Gasparini* et *Rambus*, la Cour conclut non pas que la requête est incompatible *ratione personae*, mais qu'elle mal fondée.

(32) Le règlement du personnel civil de l'OTAN a été approuvé par le Conseil de l'Atlantique nord le 20 septembre 1951.

(33) S. Platon, « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », *op. cit.*, p. 479.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

arrêt au fond de non-violation. Ce qui, avouons-le, ne rend pas particulièrement lisible le contrôle de la protection équivalente.

Une décision d'irrecevabilité prononcée par la Cour à l'encontre d'une requête alléguant la violation de la Convention à raison de l'appartenance d'un État partie à une autre organisation internationale peut prendre deux formes qui recouvrent deux réalités fort différentes (art. 35, § 3, de la Convention).

En premier lieu, l'irrecevabilité de la requête pour incompatibilité *ratione personae* avec les dispositions de la Convention : est ici sanctionné le défaut d'imputabilité à l'État partie de l'acte litigieux ; on n'y reviendra pas (34).

En second lieu, l'irrecevabilité de la requête comme étant « manifestement mal fondée ». Dans ce cas, l'imputabilité à l'État partie est établie et, partant, la compétence *ratione personae* de la Cour. Le défaut manifeste de fondement vient alors constater que la protection offerte par l'autre organisation internationale est équivalente à celle assurée par la Convention. C'est là, à vrai dire, la manifestation d'une anomalie « structurelle » du système de la Convention telle que le défaut manifeste de fondement comme cause d'irrecevabilité traduit une extension surprenante du concept de recevabilité, la Chambre étant amenée, dès le stade du contrôle de la recevabilité, à rechercher si les faits allégués révèlent *prima facie* une apparence de violation et, en pratique, à procéder en réalité à un examen plus ou moins poussé du fond de l'affaire. Constatons qu'il en va ainsi dans les décisions d'irrecevabilité pour défaut manifeste de fondement prononcées dans les affaires *Coopérative des agriculteurs de Mayenne, Établissements Biret, Cooperatieve producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.* (35), où la Cour fait application du « dispositif *Bosphorus* » pour constater *in fine*, au terme d'un examen rapide, que l'affaire en cause ne révèle aucune « insuffisance manifeste » permettant de renverser la présomption d'équivalence de la protection de droits fondamentaux par l'ordre juridique communautaire. C'est bien une décision au fond de non-violation de la Convention que rend la Cour et un constat d'équivalence de la protection qu'elle prononce.

Le constat de la protection équivalente peut, évidemment, prendre aussi la forme – qui est la seule juridiquement acceptable – d'un arrêt au fond de non-violation de la Convention. L'exemple majeur – mais isolé – est celui de l'arrêt de principe *Bosphorus*. Il convient alors de relever que la décision d'irrecevabilité pour défaut manifeste de fondement est, jusqu'à présent et assez curieusement, la voie royale de l'octroi du label « équivalence » à une protection des droits fondamentaux offerte par une autre organisation internationale. C'est là le résultat d'une décision discrétionnaire de la Cour européenne qui, en s'arrêtant au stade du contrôle de la recevabilité de la requête, fait le choix de pratiquer un contrôle restreint sur l'« équivalence »

(34) Décisions préc. sous notes 18 et 19.
(35) Décision préc. Voy. aussi décision *Gasparini* et *Rambus*, préc., note 28.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de la protection. Les décisions précitées le démontrent à loisir. Il en va ainsi, tout particulièrement, dans l'affaire *Cooperatieve producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.* (36), où la Cour étend aux procédures suivies devant la juridiction communautaire la présomption de protection équivalente dont elle avait fait bénéficier les mesures nationales d'application du droit communautaire et juge, à rebours de sa jurisprudence relative au « ministère public » dans les ordres juridiques internes, que la procédure préjudicielle devant la Cour de justice des Communautés européennes offre des « garanties d'équité équivalentes » à celles consacrées par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention (37). La Cour inscrit là sa jurisprudence dans la suite logique de l'arrêt *Bosphorus* qui, procédant à une vérification assez largement formelle de « l'équivalence » de la protection – notamment, dans sa dimension procédurale – aboutissait à délivrer *in abstracto* « un brevet de conventionalité » au système communautaire et à conférer peu ou prou à ce dernier une quasi-immunité (38).

Lorsque la procédure de contrôle suit son cours normal, l'établissement de la compétence *ratione personae* de la Cour précédant le contrôle au fond de la protection équivalente, ce dernier peut déboucher sur la conclusion que « la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer ». Mais cette conclusion est équivoque…

III. – L'équivoque de la non-application de la présomption de protection équivalente

À ce jour (39), la Cour européenne a conclu de manière identique, dans trois arrêts – *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (21 janvier 2011, § 340) (40), *Michaud c. France* (6 décembre 2012, § 115) (41) et *Al-Dulimi et Montana management Inc. c. Suisse* (26 novembre 2013, § 121) – que « la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer ». Cette conclusion est manifestement équivoque puisqu'elle recouvre deux situations radicalement contraires. Soit que le « dispositif *Bosphorus* » ne soit pas applicable et que le mécanisme de la présomption de protection équivalente n'ait pas

(36) Décision, 20 janvier 2009, préc.

(37) Équivalence résidant, à ses yeux, dans l'art. 61 du règlement de procédure de la C.J.C.E. qui offre la possibilité « réaliste et non purement théorique » de rouvrir la procédure orale après avoir entendu les conclusions de l'avocat général.

(38) F. Sudre, « La "conventionalité" du système communautaire de protection des droits fondamentaux », note sous l'arrêt *Bosphorus*, *J.C.P. (éd. G)*, I, 10128. Pour une analyse récente, voy. C. Picheral, « Le mode d'ajustement de la Cour EDH au droit communautaire. Mérites et limites de la théorie de l'équivalence », *op. cit.*, qui estime que l'équivalence est à la fois « un mode limité de contrôle sur l'Union » et « un facteur relatif de quasi-immunité pour les États ».

(39) Janvier 2014.

(40) *J.C.P. (éd. G)*, 2011, note 466, E. Dubout ; *Rev. trim. dr. h.*, 2011-88, p. 1023, note C. Raux. *AFDI*, 2011, p. 621, chron. D. Szymczak et S. Touzé.

(41) *D.*, 2013, p. 284, note F. Defferrard ; *J.C.P. (éd. G)*, 2013, note 187, H. Robert, et note 188, C. Picheral ; *Rev. trim. dr. h.*, 2013-96, p. 959, note J. Van Compernolle.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

à entrer en jeu – c'est l'hypothèse *M.S.S.* –, soit que ce dispositif soit applicable et entre en application – ainsi dans les deux autres arrêts.

Le « dispositif *Bosphorus* » n'est pas applicable (c'est le temps « trois » évoqué plus haut), comme le rappelle clairement l'arrêt *M.S.S.* (§ 338), lorsque l'État partie n'agit pas dans le cadre strict de ses obligations juridiques internationales, du fait notamment qu'il a exercé un pouvoir d'appréciation. L'État est alors « entièrement responsable au regard de la Convention ». Dans l'affaire *M.S.S.* est en cause le fait que la Belgique a demandé à la Grèce de prendre en charge la demande d'asile d'un requérant d'origine afghane arrivé en Belgique via la Grèce, en vertu du règlement n° 343/2003 « Dublin » sur la détermination de l'État en charge de l'examen d'une demande d'asile au sein de l'Union, et a expulsé le requérant vers la Grèce. La Cour, tout en précisant de manière sibylline que la présomption d'équivalence est limitée « au droit communautaire au sens strict – à l'époque, le « premier pilier » du droit de l'UE » (§ 338) –, fait valoir que le règlement « Dublin » comporte une clause de « souveraineté » qui laisse l'État membre libre de se désigner comme compétent pour traiter la demande d'asile : « dans ce cas, cet État devient l'État membre responsable au sens du règlement de l'examen de la demande d'asile et assume les obligations qui sont liées à cette responsabilité » (§ 339). Exerçant un pouvoir d'appréciation, la Belgique demeure entièrement responsable au regard de la Convention et devait en conséquence s'assurer que la procédure d'asile de la Grèce n'offrait pas au requérant une protection illusoire contre une expulsion contraire à l'article 3. La motivation de l'arrêt est parfaitement nette : « la Cour considère que la mesure litigieuse prise par les autorités belges ne relevait pas strictement des obligations juridiques internationales qui lient la Belgique et que, dès lors, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce » (§ 340). Le pouvoir d'appréciation de l'État emporte l'imputabilité de la violation alléguée à l'État partie et exclut le jeu de la protection équivalente, ouvrant alors la voie d'un contrôle classique de conventionalité sur une mesure nationale (42).

Bien que ne faisant aucunement mention du « dispositif *Bosphorus* », le contrôle qu'exerce la Cour dans son arrêt *Al Jedda*, rendu quelques mois après l'arrêt *M.S.S.*, est d'inspiration similaire et amorce, nous semble-t-il, s'agissant du système des Nations unies, le changement de cap qui aboutira à l'arrêt *Al Dulimi* (*infra*). En effet, dans cette affaire *Al-Jedda*, la Cour neutralise d'abord la règle de primauté issue de l'article 103 de la Charte des Nations unies en énonçant que, « lorsque doit être interprétée une résolution du Conseil de sécurité, il faut présumer que celui-ci n'entend pas imposer aux États membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme » (§ 102). On notera que la présomption ici invoquée n'est pas une

(42) En l'espèce, la Cour conclut que la Belgique a violé l'art. 3 en transférant vers la Grèce le requérant, les risques de mauvais traitements invoqués par ce dernier étant suffisamment réels et individualisés (§ 359).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

présomption de « protection équivalente des droits fondamentaux », mais de non-violation des droits de l'homme, ce qui est une exigence sensiblement moindre. Ensuite, elle considère qu'en l'espèce, « en l'absence d'une disposition claire en sens contraire » (§ 105), aucune résolution du Conseil de sécurité n'édictait une obligation contraignante d'interner un individu sans inculpation ni limitation de durée qui serait entrée en conflit avec l'article 5, paragraphe 1, de la CEDH. Enfin, elle juge en conséquence que l'internement litigieux était imputable au Royaume-Uni et conclut que ce dernier a violé cette disposition. L'arrêt *Nada c. Suisse*, du 12 septembre 2012, poursuit dans cette voie. Dans cet arrêt, la Cour fait une application implicite – et « partielle » (43) – du « dispositif *Bosphorus* » au système des Nations unies. La Cour juge que la présomption énoncée dans l'arrêt *Al-Jedda* (*supra*) « est renversée » du fait que les résolutions incriminées, en demandant expressément aux États d'interdire l'entrée et le transit sur leur territoire des personnes figurant sur la liste des Nations unies, imposaient à ces derniers « en termes clairs et explicites [...] d'introduire des mesures susceptibles de violer les droits de l'homme » (§ 172). Mais, afin de ne pas se prononcer expressément sur la primauté de la Convention sur le droit de l'ONU, elle mobilise l'argument (discutable en l'espèce) du pouvoir discrétionnaire de la Suisse, qui, selon elle, « jouissait d'une latitude, certes restreinte, mais néanmoins réelle, dans la mise en œuvre des résolutions contraignantes pertinentes du Conseil de sécurité » (§ 180), pour ne pas mettre en mouvement le contrôle de la « protection équivalente ». La Cour contrôle en conséquence la compatibilité avec la Convention de la mesure d'interdiction de quitter le territoire prise par les autorités suisses à l'encontre du requérant en application des sanctions décidées par le Conseil de sécurité et conclut que la Suisse a méconnu le droit au respect de la vie privée et familiale du requérant.

Alors que la solution de l'arrêt *M.S.S.* s'applique à une situation parfaitement claire, il est pour le moins déroutant que, dans deux arrêts ultérieurs – *Michaud* et *Al Dulimi* –, la Cour réutilise la formule « *la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer* » pour signifier, au contraire de l'arrêt *M.S.S.*, que le « dispositif *Bosphorus* » est applicable (c'est le temps « un » évoqué plus haut). Le mécanisme de la présomption de protection équivalente est bien entré en jeu et, au terme du contrôle de l'équivalence de la protection qu'elle a effectué, la Cour juge qu'il y a une « insuffisance manifeste » dans la protection des droits fondamentaux de l'autre organisation internationale, qui la conduit à renverser la présomption de protection équivalente et, donc, à conclure que celle-ci ne s'applique pas. En bref, c'est juger ici que la protection offerte par l'autre système n'est pas « équivalente » à celle de la Convention. C'est, à l'évidence, le sens des arrêts *Michaud* et *Al Dulimi*.

Dans l'arrêt *Michaud* est en cause la compatibilité avec l'article 8 de la

(43) D. Szymczak et S. Touzé, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *op. cit.*, p. 728.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Convention (droit au secret professionnel des avocats) d'une réglementation professionnelle adoptée par le CNB en application de lois de transposition et textes réglementaires d'application de directives communautaires faisant obligation aux avocats, sous peine de sanctions disciplinaires, de déclarer les soupçons qu'ils pourraient avoir à l'égard d'éventuelles activités de blanchiment de capitaux de leurs clients lorsqu'ils les assistent dans des opérations de transactions financières. La Cour indique que l'équivalence de la protection procédurale, tenant au mécanisme du contrôle du respect des droits fondamentaux dans l'Union européenne, repose pour l'essentiel sur la procédure du renvoi préjudiciel qui permet aux particuliers, via leurs juridictions nationales, de faire constater un manquement au droit communautaire par un État membre. Or, en l'espèce, le mécanisme de contrôle prévu par le droit de l'Union européenne n'est pas « pleinement entré en jeu » dès lors que le Conseil d'État a refusé de procéder à un renvoi préjudiciel afin que la Cour de justice de l'Union européenne se prononce sur la compatibilité de l'obligation de déclaration de soupçon avec l'article 8 de la CEDH. Le mécanisme de contrôle du respect des droits fondamentaux de l'Union européenne, « en principe équivalent à celui de la Convention », n'a donc pu « déployer l'intégralité de ses potentialités » (§ 115). C'est bien « l'insuffisance manifeste » de la protection communautaire qui conduit de manière décisive au refus d'application de la présomption de protection équivalente. En ce sens, l'arrêt *Michaud* constitue la première application « positive » du critère de l'insuffisance manifeste (44), dont on notera que, si elle subordonne la quasi-immunité des actes nationaux d'application du droit de l'Union « à une conditionnalité procédurale », consolide aussi l'office de la Cour de justice de l'Union européenne (45).

La formule « la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer » vient donc sanctionner un défaut d'équivalence (46). L'arrêt *Al Dulimi c. Suisse*, du 26 novembre 2013, en fournit une éclatante confirmation. Achevant l'évolution en demi-teinte entamée par les arrêts *Al-Jedda* et *Nada* (préc.), la Cour franchit le pas dans l'arrêt *Al Dulimi* et, dès lors que l'imputabilité des actes litigieux à l'État défendeur est établie (*supra*), inscrit désormais pleinement le contrôle des actes nationaux d'application d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies dans le « dispositif *Bosphorus* ». En l'espèce (47), après avoir noté que les résolutions

(44) D. Szymczak et S. Touzé, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *op. cit.*, p. 731.

(45) Voy. C. Picheral, « Le mode d'ajustement de la Cour EDH au droit communautaire. Mérites et limites de la théorie de l'équivalence », *op. cit.*

(46) L'arrêt *Michaud* est confus puisque, s'agissant de la mise en œuvre de directives communautaires, il fait également référence à « une marge de manœuvre susceptible de faire obstacle à l'application de la présomption d'équivalence » (§ 113), ce qui relève alors de l'autre cas de figure évoqué sous 2°.

(47) Les requérants faisaient valoir que l'impossibilité qui leur est faite de contester devant le juge national la décision de confiscation de leurs avoirs prise par les autorités suisses à la suite de leur inscription sur les « listes noires » du Conseil de sécurité méconnaît l'art. 6 de la Convention.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pertinentes du Conseil de sécurité ne confèrent aux États visés « aucun pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des obligations en découlant », la Cour estime que l'affaire doit être examinée « à la lumière du critère de la protection équivalente » (§ 117). La Cour constate alors, au vu de la procédure mise en place par l'ONU de contrôle de l'inscription sur les listes établies et de radiation de ces listes, que « la protection offerte au niveau international n'est pas équivalente à celle découlant de la Convention » (§ 120) et qu'« il s'en suit que la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer » (§ 121). On ne saurait être plus clair. La présomption de protection équivalente étant renversée, la Cour analyse l'impossibilité pour les requérants d'obtenir des juridictions suisses un contrôle au fond des mesures prises en application du régime des sanctions en une limitation au droit d'accès à un tribunal qui, en l'absence « d'examen judiciaire efficace et indépendant, au niveau des Nations unies, de la légitimité de l'inscription des personnes et entités sur leurs listes », s'avère disproportionnée et constitue une atteinte à la substance même du droit d'accès à un tribunal (§ 134). La Cour européenne des droits de l'homme rejoint la Cour de justice de l'Union européenne (48) dans son refus d'accorder une quelconque immunité juridictionnelle aux actes de mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité prises au titre du Chapitre VII et subordonne clairement l'exécution par l'État de ses obligations issues de son appartenance à l'ONU au respect des droits garantis par la Convention. On s'en félicite.

Cet examen du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne appelle, pour conclure, trois remarques.

Pour noter l'illisibilité d'une jurisprudence qui peut dire tout et son contraire. Dire qu'une requête alléguant la violation de la Convention à raison de l'appartenance d'un État partie à une autre organisation internationale est irrecevable parce que l'acte allégué n'est pas imputable à l'État partie, mais dire aussi que cette requête est irrecevable parce que l'acte litigieux est imputable à l'État partie et que la protection des droits fondamentaux offerte par l'autre organisation est bien « équivalente » à celle de la Convention. Dire que « la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer » parce que « le critère de la protection équivalente » n'est pas applicable et ne peut donc jouer, mais dire exactement la même chose quand ce critère est applicable et a été mis en jeu et que la protection est jugée insuffisante.

Pour relever que, si le « critère de la protection équivalente » constitue désormais le standard commun de l'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme du droit de l'Union européenne et du droit de l'ONU, il est néanmoins manifeste que le maniement procédural de ce critère n'est pas identique dans l'un et l'autre cas, le droit de l'Union appelant un contrôle fort souple de l'imputabilité de l'acte litigieux à l'État partie, le droit de l'ONU un contrôle plus strict.

(48) C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat Foundation*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05, pts 311-314, 322, *Rev. trim. dr. eur.*, 2009-1, p. 161, note J.-P. Jacqué.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Pour souligner que, sanctionné par deux fois, le défaut d'équivalence de la protection des droits fondamentaux vise des manquements de nature fort différente. Défaillance du juge national dans la mise en œuvre du mécanisme communautaire de garantie des droits fondamentaux, défaillance « structurelle » du système des Nations unies dans le régime des sanctions mises en œuvre par le Conseil de sécurité.

Il reste à souhaiter que la Cour clarifie à l'avenir sa méthode de contrôle du « critère de la protection équivalente » d'autant que, la perspective de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention apparaissant désormais peu vraisemblable (49), le « dispositif Bosphorus » est plus que jamais destiné à être la clé de voute des rapports entre la Convention et le droit de l'Union.

(49) CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 relatif à l'adhésion de l'UE à la CEDH ; voy. H. Labayle et F. Sudre, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *RFDA*, 2015-1, pp. 3-20.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les ambiguïtés du contrôle du « critère de la protection équivalente » par la Cour européenne des droits de l'homme
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

LA SUBSIDIARITÉ VUE PAR UN ADMINISTRATIVISTE FRANÇAIS

Didier TRUCHET

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Il faudra beaucoup d'indulgence au dédicataire de ces lignes pour m'excuser de lui rendre un si piètre hommage. Car c'est au fond un aveu de perplexité que je lui adresse.

J'avais d'abord songé à parler de l'autonomie du droit de l'Union européenne envers le droit administratif français, avant d'y renoncer. En effet, l'entreprise était vouée à déboucher sur une évidente platitude : le premier se développe indépendamment du second, au sein duquel il est intégré. Sauf à rappeler ce que chacun sait : le droit administratif français a été une source d'inspiration du droit communautaire et continue à être l'une des références nationales à partir desquelles la législation européenne se développe et la Cour établit sa jurisprudence, par exemple pour dégager des principes généraux du droit (1).

Il m'a semblé que la subsidiarité pouvait être le lieu d'une réflexion un peu plus riche sur les relations du droit de l'Union et de notre droit administratif. J'y suis encouragé par ce qu'en écrivent Claude Blumann et Louis Dubouis dans leur *Droit institutionnel de l'Union européenne* (2). Ils qualifient le principe de subsidiarité de « principe constitutionnel fondamental du droit de l'Union » (n° 586) : on peut donc supposer raisonnablement que les droits internes ne peuvent l'ignorer, du moins dans le champ d'application du droit de l'Union. Mais ils le déclarent aussi « souvent insaisissable » (n° 595) et montrent dans la suite de leur propos qu'il garde une part de mystère malgré les précisions apportées par le Traité de Lisbonne. Je me sens donc excusable d'étudier comment cette part de mystère peut se traduire dans ma discipline.

« Un administrativiste français », ai-je écrit dans le titre, pour me désigner. La révolution qu'ont connue les sources du droit administratif depuis une quarantaine d'années (et notamment, la montée en puissance de la source communautaire) a été pour les juristes de ma génération un acquis progressif, alors que son résultat relève de l'inné pour ceux qui ont suivi. En décrivant ma perplexité personnelle devant la subsidiarité, je n'entends pas

(1) Sur ceux-ci, voy. not. B. Bertrand « Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2013, p. 1199, et les références citées dans cet article.

(2) Coll. Manuel, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La subsidiarité vue par un administrativiste français
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

faire peser sur les autres spécialistes de droit administratif l'opprobre de mes hésitations !

Elles me conduiront à tricher un peu sur le mot « subsidiarité », en le prenant sous différentes acceptions, pour en chercher les manifestations dans le droit administratif. Pris au sens de l'article 5, paragraphe 3, TUE, le principe de subsidiarité intéresse très peu le droit et le juge administratifs français. En revanche, ils sont concernés par une logique de subsidiarité, envisagée indépendamment du principe, mais de manière très différente selon que l'on s'intéresse au droit procédural ou aux règles de fond. Quant aux tentatives d'acclimater en France une règle de subsidiarité proprement nationale, elles ont à ce jour échoué.

I. – Le droit administratif français et le principe de subsidiarité

C'est du principe au sens du droit de l'Union européenne que je parle ici. Il résulte de l'article 5, § 1, TUE que le principe de subsidiarité et celui de proportionnalité auquel il est étroitement associé s'appliquent aux compétences de l'Union : ils en « régissent l'exercice » tandis que le principe d'attribution en « régit la délimitation ».

En interniste français habitué à la relative simplicité de la répartition des compétences des personnes publiques dans un État unitaire, j'ai un peu de mal à comprendre le jeu effectif des principes de subsidiarité et de proportionnalité. J'avoue être déconcerté par la subtilité de leur mise en œuvre par la Commission et la Cour.

En particulier, je peine à trouver le « principal » auquel devrait être logiquement associé le « subsidiaire ». Subsidiaire par rapport à quoi ? J'entends bien que l'Union n'étant pas souveraine, elle n'a pas la « compétence de sa compétence ». Comme le disent les articles 4, § 1, et 5, paragraphe 2, la compétence des États membres est de droit commun, l'Union n'ayant que des compétences d'attribution. Le principe de subsidiarité ne peut jouer que « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive », car il serait évidemment inutile dans les domaines de compétence exclusive de l'Union.

Mais le principe est-il une règle de limitation ou d'extension des compétences de l'Union ? Dans les débats politiques (3), les partisans de l'Europe ont souvent mis le premier terme en avant, pour rassurer l'opinion publique sur une extension inconsidérée des compétences de l'Union : elles ne pourraient pas être étendues sans une claire démonstration (par un « test d'efficacité comparative ») d'une efficacité de l'Union supérieure à celle des États membres pour parvenir aux objectifs de l'action envisagée. En réalité,

(3) En particulier, au moment du référendum français du 29 mai 2005 sur la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, dont on sait l'issue négative. Le principe de subsidiarité figurait à l'art. I-11, § 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La subsidiarité vue par un administrativiste français
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

malgré sa formulation prudente (« si et seulement si », dit l'art. 5), le principe apparaît bel et bien comme un mécanisme d'extension (4), dès lors que ces objectifs « ne peuvent être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local » (5). Le Conseil constitutionnel a relevé cette incertitude, puisqu'il voit le principe comme… une limitation insuffisante pour empêcher une extension excessive : « toutefois, la mise en œuvre de ce principe pourrait ne pas suffire à empêcher que les transferts de compétence autorisés par le traité revêtent une ampleur ou interviennent selon des modalités telles que puissent être affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (décision 2007-560 DC du 20 décembre 2007 « Traité de Lisbonne »).

La Charte des droits fondamentaux est plus explicitement orientée vers la limitation lorsqu'elle dit, dans son article 51, qu'elle s'adresse « aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux État membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » et ajoute, pour faire bonne mesure, qu'elle « ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour […] l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités ».

Quoi qu'il en soit de ces hésitations sur l'orientation du principe de subsidiarité, celui-ci n'affecte pas directement le droit et le juge administratifs. Ce sont le constituant et le législateur qui sont d'abord concernés. En effet, les protocoles au Traité de Lisbonne n° 1 (« sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne ») et surtout n° 2 (« sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ») instituent une procédure de consultation des parlements nationaux sur les projets d'acte législatif des institutions européennes qui font application du principe de subsidiarité. Il ne s'agit pas d'un droit de *veto* de la part des parlements, car les institutions de l'Union disposent du dernier mot, mais d'un droit de regard qui n'est pas purement formel : sans entrer dans le détail, le « carton jaune », c'est-à-dire l'opposition motivée d'un nombre significatif de parlements (un quart, un tiers ou la majorité des voix qui leur sont attribuées, selon les cas), conduit à un réexamen du projet, voire à son abandon (ce qui s'est parfois produit). En outre, un parlement (en France, l'Assemblée nationale, comme le Sénat) peut brandir un « carton rouge » en saisissant la Cour de justice « d'un recours, pour violation, par un acte législatif, du principe de subsidiarité » (art. 8 du protocole n° 2). En France, le Conseil constitutionnel a estimé

(4) Ce que confirme le fait qu'il ne joue pas dans les domaines de compétence exclusive, pour lesquels aucune extension des compétences de l'Union n'est envisageable, puisqu'elles sont déjà complètes.

(5) Le problème se pose aussi avec l'affirmation du principe de subsidiarité dans le paragraphe 1er du protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme. Il est clair, compte tenu des circonstances dans lesquelles il a été adopté, qu'il vise en réalité à limiter les interventions de la Cour dans les droits nationaux. Reste à voir si l'usage que feront les juridictions nationales de la procédure de demande d'un avis consultatif à la Cour et la propre jurisprudence de cette dernière iront bien dans ce sens (F. Sudre, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *Sem. jur.*, 2013, p. 1912).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La subsidiarité vue par un administrativiste français
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

que l'introduction de ce dispositif exigeait une révision de la Constitution (décision préc. du 20 décembre 2007), ce qui a été fait lors de la révision de 2008, avec le nouvel article 88-6 (6).

Si l'administration française n'est pas en première ligne devant une extension des compétences de l'Union par application du principe, elle se trouve cependant en deuxième ligne et, avec elle, son droit et son juge. D'abord, elle ne peut ignorer les évolutions des règles de l'Union. En outre, une extension à titre « subsidiaire » des compétences de cette dernière affecte inévitablement les compétences réglementaires de l'État et celles des collectivités territoriales. En premier lieu, l'extension conduit l'Union à évoquer une question qui était auparavant du ressort des autorités françaises, dont les attributions se trouvent ainsi amoindries. En second lieu, la France peut être amenée à assurer l'application dans son ordre juridique interne d'un acte législatif européen pris en vertu du principe de subsidiarité ; à l'inverse du cas précédent, cela peut lui donner un nouveau titre pour agir. Plus largement, l'extension peut avoir pour effet de faire entrer (ou de faire entrer davantage qu'auparavant) une matière administrative dans le champ d'application du droit de l'Union, car il est impossible de séparer entièrement compétence et fond du droit.

Par ailleurs, on ne peut exclure que la question de la conformité au principe de subsidiarité d'une directive communautaire que la France doit transposer soit soulevée devant le juge administratif français ou bien à l'occasion d'un recours contre un décret « autonome » de transposition, ou bien (comme de manière générale, c'est plus souvent le cas) contre un décret d'application d'une loi de transposition. En ce cas, il reviendrait à ce juge de poser une question préjudicielle à la Cour. Le principe est en effet « justiciable » comme cela résulte aussi bien de la jurisprudence de celle-ci (elle exerce un contrôle strict sur l'application du principe depuis sa décision du 9 octobre 2001, aff. C377/98, *Pays-Bas c. Commission et Conseil*) que de l'article 8 du protocole n° 2.

À ma connaissance, cela ne s'est pas produit encore, mais l'hypothèse n'est pas invraisemblable.

II. – Le droit administratif français et la logique de subsidiarité

C'est ici que je sollicite particulièrement la mansuétude de Claude Blumann, car je vais jouer sur les mots. Le principe de subsidiarité tel qu'affirmé par le Traité sur l'Union européenne n'est pas applicable à la suite de mes propos qui ne se situent plus dans son champ d'application. Je me rapproche du sens commun du terme « subsidiaire », qui n'est pas exactement celui

(6) Voy. nouveaux art. 151-3 et 151-9 à 151-12 du règlement de l'Assemblée nationale, jugés conformes à la Constitution par la décision 2009-581 DC du 25 juin 2009. Les dispositions parallèles du règlement du Sénat l'ont été par la décision 2010-621 DC du 13 janvier 2011.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La subsidiarité vue par un administrativiste français
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

du Traité sur l'Union européenne. Est subsidiaire ce « qui sert à renforcer quelque chose de principal » (dictionnaire *Larousse*), ou qui est accessoire. Mais, en français juridique, le mot peut prendre une signification un peu différente : un argument subsidiaire n'est pas toujours un argument supplémentaire, mais souvent un argument de réserve, que l'on invoque au cas où l'argument principal ne convaincrait pas (7). Quoi qu'il en soit, la logique de subsidiarité implique l'existence de quelque chose de « principal », un « principal » qui ne serait pas autosuffisant, au point qu'il convient parfois de le mettre entre parenthèses à un moment donné du raisonnement. Je voudrais chercher ce qui est principal et ce qui est subsidiaire dans les relations du droit administratif et du droit de l'Union.

Sur le plan procédural, il me semble que la logique de subsidiarité fonctionne de manière très proche de celle qui inspire le principe au sens du Traité sur l'Union européenne. Cela n'est pas étonnant, car, si nous sommes hors du champ d'application strictement entendu du principe, c'est toujours de compétence – dans le cas présent, celle des juges – qu'il s'agit. Chacun le sait, le juge national est le juge de droit commun de l'application du droit de l'Union dans l'ordre juridique interne, le juge administratif pas moins ou pas plus que le juge judiciaire, ou, désormais, que le Conseil constitutionnel. C'est lui, le juge « principal » : il a semblé aux fondateurs du droit de l'Union que le juge national, juge de proximité en quelque sorte, était le mieux placé pour en assurer le respect. Cependant, si l'affaire met en cause d'une manière ou d'une autre la régularité ou la signification du droit de l'Union, l'objectif d'application uniforme de ce dernier dans l'ensemble de l'Union est mieux assuré par la Cour que par une juridiction interne. La Cour, saisie d'une question préjudicielle, est alors compétente. Elle s'en tient à celle-ci en refusant de statuer sur des situations purement internes. Il me semble donc que la coopération juridictionnelle et le dialogue des juges qu'elle permet reposent sur une logique de subsidiarité très proche de celle qui inspire par ailleurs le principe de subsidiarité.

En ce qui concerne les règles de fond, la logique fonctionne à mon avis en sens inverse, non plus du bas vers le haut, mais du haut vers le bas. Cette inversion peut être une source d'incompréhension, mais elle n'est pas critiquable à mon avis. C'est au contraire un véritable trait de génie des inventeurs du droit communautaire que d'avoir, dès les décisions fondatrices de la Cour, changé de méthode en passant de la compétence au fond. Pour ce dernier, la subsidiarité au sens du principe posé par le Traité sur l'Union européenne n'a absolument plus cours.

Car le « principal » me semble être ici le droit de l'Union, en vertu du principe de coopération loyale. L'article 4, paragraphe 2, TUE impose aux États membres de prendre « toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union » et de s'abstenir « de toute mesure susceptible

(7) Si Littré ignore « subsidiarité », il donne déjà ces différentes acceptions de « subsidiaire » (*Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1889).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La subsidiarité vue par un administrativiste français
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ». La Cour a fait de ces obligations une interprétation vigoureuse que le Conseil d'État français a adoptée, notamment avec sa décision *Cie Alitalia* (8) et les « grands arrêts » très connus qui ont suivi.

L'application du droit de l'Union s'inscrit donc dans une logique de subsidiarité radicalement différente de celle de l'article 5. Au fond, c'est le droit interne qui est subsidiaire, second, complémentaire… par rapport au droit de l'Union : il le met en œuvre, en bouche les trous si j'ose dire (si tant est qu'il y en ait, ce qui est le cas pour les directives, mais pas pour les règlements), en assure l'exécution sans pouvoir en contredire les règles ou les objectifs. Plus le Conseil d'État a étendu la portée des directives en droit administratif français (notamment avec la décision *M^me^ Perreux*, rendue en Assemblée le 30 octobre 2009), plus il a été dans le sens d'un droit européen principal et d'un droit national subsidiaire.

Sa fameuse décision *Sté Arcelor Atlantique* (9) est particulièrement éclairante. Le Conseil d'État était saisi d'un décret direct de transposition d'une directive : les requérants affirmaient que le décret était contraire à la Constitution française. Le Conseil a cherché si une règle ou un principe général de droit communautaire garantissait l'effectivité de la règle constitutionnelle française ; si la conformité de la directive au droit communautaire est incertaine, il lui revient de saisir la Cour par voie préjudicielle (ce qu'il a fait en l'espèce). Il a ajouté « qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général de droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité » du décret attaqué. Ainsi, s'il n'existe pas de règle communautaire, on revient à la constitution : mais s'il y en a une, la constitution est mise entre parenthèses. C'est bien elle qui est subsidiaire par rapport au droit de l'Union.

Subsidiaire et pourtant pas inférieure, ce qui est à la fois aisément explicable et difficilement compréhensible (notamment pour les étudiants, mais aussi pour les autorités administratives dans leur action quotidienne). La décision *Arcelor* n'a pas mis fin à la suprématie de la constitution « dans l'ordre interne » affirmée par la jurisprudence *Sarran e.a.* (10). En effet la logique de subsidiarité étudiée ici ne résulte pas directement de la primauté du droit de l'Union, mais bien plutôt de l'articulation des champs d'application des deux droits.

Fort logiquement, il n'y a pas de subsidiarité lorsque l'affaire que l'administration française doit régler ou le juge administratif trancher se situe hors du champ d'application du droit de l'Union. Mais c'est une situation difficile à circonscrire qui suscite actuellement une certaine perplexité dans la

(8) C.E., Ass., 3 février 1989
(9) C.E., Ass., 8 février 2007.
(10) C.E., Ass., 30 octobre 1998.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La subsidiarité vue par un administrativiste français
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

doctrine (11) . Si, comme cela semble être sa tendance actuelle, la Cour étend ce champ d'application, la logique de subsidiarité telle que je l'entends ici, suivra.

III. – Une règle de droit administratif interne ?

Dans cette nouvelle approche, je reviens à une acception de la subsidiarité qui pourrait paraître identique au principe de l'article 5 TUE, mais en l'envisageant totalement hors du champ du droit de l'Union.

À l'occasion de la réforme constitutionnelle de 2003 et à propos de l'alinéa 2 du nouvel article 72 de la Constitution (« Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon »), des hommes politiques et des commentateurs ont parlé d'une sorte d'adoption du principe de subsidiarité en droit interne, pour la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales.

C'était aller trop vite et trop loin.

Bien sûr, il y a une communauté d'inspiration entre le principe européen et le soi-disant principe français. Il y a surtout une différence considérable. Le principe européen est d'essence fédéraliste et tend à augmenter (autant qu'à encadrer) les compétences de l'Union : il va des États vers l'Union. La règle française est d'essence décentralisatrice : elle va de l'État vers les collectivités territoriales.

Mais on ne voit pas quel effet elle a produit en pratique ou dans la jurisprudence. Le Conseil constitutionnel a ainsi écarté un grief tiré de l'article 72, alinéa 2, dans sa décision 2005-516 DC du 7 juillet 2005 (« Loi de programmation fixant les orientations de la politique énergétique » – voy. cons. 13) et jugé qu'il « n'institue pas un droit ou une liberté qui puisse être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité » dans sa décision 2013-304 QPC du 26 avril 2013 (Commune de Maing – voy. cons. 7).

Ceux qui l'ont saisi de la loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles ont affirmé qu'elle méconnaissait les « exigences de l'article 72 de la Constitution relatives tant à la libre administration qu'à la mise en œuvre du principe de subsidiarité ». Le Conseil a balayé l'argument, en citant l'article 72, mais, sans même reprendre l'expression « principe de subsidiarité » (décision 2013-687 DC du 23 janvier 2014 – voy. cons. 29-32). La saisine ne manquait pas d'imagination puisqu'elle

(11) P. ex., pour s'en tenir aux références les plus récentes : note A. Rigaux sur C.J.U.E., 7 novembre 2013, aff. C-313/12, *Giuseppa Romeo c. Regione Siciliana*, *Europe*, janvier 2014, nº 9 ; note D. Simon sur C.J.U.E., 13 février 2014, aff. C-419/12 et C-420/12, *Crono Services scarl e.a.*, *Europe*, avril 2014, nº 151 ; J.-B. Auby, « L'axe de transmission du droit administratif européen », *Droit administratif*, avril 2014, Repères, nº 4, et les références citées par ces auteurs.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La subsidiarité vue par un administrativiste français
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

invoquait le principe dans les relations non de l'État avec les collectivités territoriales mais entre celles-ci.

L'article 72, alinéa 2, existe (sans être le plus clair de notre Constitution), mais pas le principe de subsidiarité qu'il exprimerait ou introduirait dans le droit de l'organisation territoriale française.

Ce n'est pas par hostilité envers le droit de l'Union européenne que j'écris cela. Car je n'en ai évidemment aucune, seulement un peu de mal à le comprendre parfois. Au demeurant, si j'avais été inquiet, Claude Blumann m'aurait rassuré : « le droit matériel n'est pas fongible dans le droit national (12) », écrit-il. Sous la plume d'un si éminent communautariste (comme on dit toujours, faute de savoir comment les nommer au temps de l'Union), ce propos vaut de l'or, même si je le détourne un peu de son objet. Subsidiaire ou pas, le droit administratif français a de beaux jours devant lui en union avec l'Union.

(12) « Le droit matériel de l'Union européenne peut-il être nationalisé ? », *Annuaire de droit européen*, 2007, vol. V, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 163.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La subsidiarité vue par un administrativiste français
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

L'AUTONOMIE DU DROIT DE L'UNION ET LA MISE EN ŒUVRE DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

Thomas VON DANWITZ

Juge à la Cour de justice de l'Union européenne depuis 2006 et Président de la V^e^ chambre de la Cour depuis octobre 2012 (1)

L'entrée en vigueur, le 1er décembre 2009, de la Charte des droits fondamentaux (ci-après, « la Charte ») constitue, au moins du point de vue de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, « la Cour »), le plus fondamental apport du Traité de Lisbonne. Parmi les commentateurs de l'évolution du droit de l'Union européenne, certains estiment que cette modification ne constitue rien de moins que la clé de voûte de l'État de droit au niveau de l'Union européenne (2), quelques-uns restent plus neutres sur cette appréciation, alors que d'autres pointent du doigt les risques liés à un développement trop audacieux de l'œuvre interprétative de la Cour inspiré par la Charte (3). Il est vrai que toute nouvelle orientation de l'intégration européenne comporte à la fois des risques et des opportunités qui ne doivent pas être ignorés. Dès lors, une approche mêlant prudence et sagesse s'impose notamment aux développements de l'ordre juridique de l'Union au niveau du droit primaire qui échappent largement à la possibilité d'une correction de la part du législateur de l'Union. Cette prudence est particulièrement de mise dans le domaine de la protection des droits fondamentaux où il apparaît difficilement concevable que les États membres puissent se mettre d'accord pour réviser la Charte.

La diversité des demandes adressées à la Cour par les juridictions nationales (4) montre qu'il est à la fois juste et sage de rappeler à la Cour

---

(1) Je remercie Adrienne Audras, administrateur-juriste à la Cour de justice de l'Union européenne, pour son aide précieuse dans la préparation de cet article.

(2) Voy. not. Th. VON DANWITZ, § 6, « Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », in C. GRABENWARTER, *Europäischer Grundrechtschutz, Enzyklopädie Europarecht*, Nomos, 2014, pp. 267 et s. Voy. aussi Cl. BLUMANN, « Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Territoires et Libertés, Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 218.

(3) P. P. CRAIG, « The Charter, the ECJ and national courts », in *Diamond Ashiagbor, European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 117. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis le Traité de Lisbonne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, p. 17.

(4) Voy. not. les arrêts *Dominguez*, C-282/10 ; *Association de médiation sociale*, C-176/12, et *Defossez*, C-477/09.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'autonomie du droit de l'Union et la mise en oeuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

cette règle de prudence consistant, selon Hermann Hesse, à ne pas se laisser séduire par le charme inhérent à chaque nouveau départ (5). Dès lors, l'évolution du droit de l'Union suscitée par la Charte nécessite un regard critique par rapport au principe constitutionnel de l'autonomie du droit de l'Union, auquel Claude Blumann a, depuis toujours, attaché une importance particulière.

I. L'importance et la portée du principe de l'autonomie du droit de l'Union ont déjà été établies dans les arrêts fondateurs de la Cour, qui ont conduit à la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union. Ainsi, l'arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963 a énoncé que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, [...] et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ; que, partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique » (6). Avec cette reconnaissance fondamentale, la Cour a fait coup double en fondant, d'une part, l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union (7) et, d'autre part, en plaçant les particuliers au centre de ce nouvel ordre juridique (8). L'année suivante, la Cour a pu affirmer les conséquences pratiques de ce principe dans l'arrêt non moins fondamental *Costa c. ENEL* en établissant le principe de primauté du droit de l'Union pour assurer le respect et l'intégration de ce nouvel ordre juridique dans le droit des États membres : « cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux-mêmes sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable » (9). La fermeté avec laquelle la Cour a affirmé ces principes a donné lieu à certaines controverses, mais a surtout permis leur reconnaissance générale (10). Bien que ces principes soient d'application générale, il

(5) H. Hesse, *Stufen* : « 1941, Und jedem Anfang wohnt ein Zauber inne, Der uns beschützt und der uns hilft, zu leben ».

(6) C.J.C.E., Van Gend en Loos, aff. C-26/62, p. 23.

(7) I. Pernice, « The autonomy of the EU legal order », in *50e anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013*, Actes du colloque de Luxembourg, 13 mai 2013, Éd. Office des publications de l'Union européenne, 2013, pp. 55 et s.

(8) F. Picod, « Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels », *ibid.*, pp. 81-92 ; voy. également Th. von Danwitz, « Verwaltungsrechtliches system und Europäische Integration », Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996, pp. 107 et s.

(9) C.J.C.E., *Costa*, aff. C-6/64, p. 1159. Ce raisonnement reflète la disposition de l'art. 55 de la Constitution française, selon lequel « [l]es traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

(10) Décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, *Honeywell*, BVerfG, 2BvR 2661/06 ; arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Société Cafés Jacques Vabre*, [1975] 2 CMLR 336 ; C.E., 20 octobre 1989, *Nicolo*, [1990] 1 CMLR 173, 177, 178 ; décision de la Cour constitutionnelle italienne, *Granital*, 8 juin 1984, n° 170 ; décision de la Chambre des Lords au Royaume-Uni, *Equal Opportunities Commission c. Secretary of State for Employment* [1994] 1 WLR 409. Voy. également, T. Oppermann, C. Classen et

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'autonomie du droit de l'Union et la mise en oeuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

est évident qu'ils s'appliquent en particulier aux droits que l'ordre juridique de l'Union considère comme des droits fondamentaux.

Il est d'ailleurs significatif que l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970 qui précise que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes dont la Cour assure le respect, repose sur le même fondement conceptuel que les arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa c. ENEL.* En particulier, la validité des actes juridiques de l'Union ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit de l'Union puisqu'« en effet, le droit du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même » (11). Cependant, il est également révélateur que l'accent mis sur les principes constitutionnels de l'ordre juridique de l'Union et sur leur importance pour la protection des droits fondamentaux engendre une double conséquence dès cet arrêt de principe. D'une part, il faut insister, par rapport aux juridictions nationales, sur l'importance de l'engagement selon lequel « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la cour de justice assure le respect » et, d'autre part, sur la portée pratique de la spécificité des droits fondamentaux de l'Union selon laquelle « la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté » (12).

Cette formule de la Cour illustre parfaitement la tension qui détermine encore aujourd'hui la protection des droits fondamentaux et constitue incontestablement le principal défi de l'application de la Charte : d'une part, la protection des droits fondamentaux de l'Union dépend de la manière dont ils sont garantis par les États membres et d'autre part, il est nécessaire de garantir leur protection d'une manière adaptée à la structure et aux objectifs de l'Union (13). C'est à cela que nous pouvons reconnaître que la tension entre autonomie et interdépendance est inhérente à la protection des droits fondamentaux. Certes, ces objectifs ne doivent pas s'exclure mutuellement dans la jurisprudence de la Cour, puisqu'ils peuvent, au contraire, se compléter. Dès lors, en fonction des circonstances de chaque espèce, il est nécessaire de prendre en compte ces deux objectifs en vue de les concilier sans que l'un s'applique au détriment de l'autre.

Cette question de l'autonomie de la protection des droits fondamentaux au niveau de l'Union va de pair avec la question tout aussi délicate de la délimitation de la protection des droits fondamentaux assurée par la Cour

---

M. Nettesheim, *Europarecht*, München, Verlag CH Beck, 2011, § 10, pts 4 et s. ; R. Streinz, *Europarecht*, München, C.F. Müller, 2012, pts 203 et s. ; N. Lorenz, *Die Übertragung von Hoheitsrechten auf die europäischen Gemeinschaften*, Frankfurt am Main, Lang, 1990.

(11) C.J.C.E., *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. C-11/70, p. 1135, pt 3.

(12) *Ibid.*, p. 1135, pt 4. Sur ce point, il convient d'indiquer que la version française de cet arrêt a une connotation différente de la version allemande.

(13) *Ibid.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'autonomie du droit de l'Union et la mise en oeuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de justice par rapport à la protection garantie par la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg (ci-après, « Cour EDH ») et à celle garantie par les constitutions des États membres (14). Ce qui peut apparaître à première vue comme un conflit tout à fait bénin peut, en regardant de plus près, cacher une situation bien plus problématique et conduire à un véritable problème d'acceptation. En effet, il peut arriver qu'un acte juridique de l'Union, qui reflète parfaitement la compréhension des droits fondamentaux au niveau européen tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres et de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, « CEDH »), s'oppose clairement à la compréhension régissant ce même droit fondamental dans un État membre donné (15). De telles situations d'opposition potentielle entre l'interprétation d'un droit fondamental au niveau national et au niveau de l'Union se reflètent notamment dans les réserves exprimées par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans son arrêt *Solange II* ou par le Conseil d'État en France dans son arrêt *Arcelor* (16). Alors que, d'une part, la reconnaissance de la protection des droits fondamentaux de l'Union est conditionnée par le fait que celle-ci garantisse de manière générale une protection des droits fondamentaux efficace contre les pouvoirs publics de l'Union et équivalente, pour l'essentiel, au niveau de protection exigé par la Loi fondamentale allemande (17), il faut, d'autre part, déterminer si un droit fondamental protégé dans l'ordre juridique d'un État membre dispose d'un équivalent au niveau de l'Union européenne. Si, dans des cas particuliers, le droit de l'Union ne protège pas un tel droit, alors le contrôle des juridictions nationales peut à nouveau s'appliquer (18).

---

(14) A. Voßkuhle, « Protection of human rights in the European Union : multilevel cooperation of the European constitutional courts », in W. Krull (ed.), *Research and Responsibility. Reflections on our Common Future*, Leipzig, 2011, pp. 191-206 ; M. Cartabia, « Fundamental rights and the relationship among the Court of Justice, the national supreme courts and the Strasburg Court », in *50e anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013*, Actes du colloque de Luxembourg, 13 mai 2013, Éd. Office des publications de l'Union européenne, 2013, p. 155 et s.

(15) C.J.U.E., *Melloni*, aff. C-399/11. Dans cet arrêt, M. Melloni a été condamné par défaut à une peine de prison en Italie et a fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen. Il s'est opposé à sa remise par les autorités espagnoles aux autorités italiennes en invoquant le fait qu'il n'avait pas la possibilité de former un recours contre les condamnations rendues par défaut, ce qui va à l'encontre des exigences découlant du droit à un procès équitable consacré par la Constitution espagnole. La Cour a indiqué que l'art. 53 de la Charte ne doit pas être interprété en ce sens qu'il permet à l'État membre d'exécution de subordonner la remise d'une personne condamnée par défaut à la condition que la condamnation puisse être révisée dans l'État membre d'émission, afin d'éviter une atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de la défense garantis par sa Constitution, car cela remettrait en cause l'uniformité du standard de protection des droits fondamentaux défini par la décision-cadre.

(16) Décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande n° 73, 339 – *Solange II* ; C.E., 8 février 2007, *Arcelor*, req. n° 287110.

(17) Décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande n° 73, 339 – *Solange II*.

(18) C.E., 8 février 2007, *Arcelor*, req. n° 287110. Sur les différences, V. Skouris, « Nationale Grundrechte und europäisches Gemeinschaftsrecht », in *Handbuch der Grundrechte Band VI/2*, 2009, § 171, pts 44-45. Voy., également, les arrêts C.J.U.E., *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, pt 29 et C.J.U.E., *Melloni*, aff. C-399/11, pt 60.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'autonomie du droit de l'Union et la mise en oeuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. Un examen des dispositions pertinentes de la Charte et notamment de ses articles 52, paragraphes 3 à 6, et 53, du point de vue de l'autonomie du droit de l'Union, soulève, en particulier, la question de principe de savoir si et comment peut être garantie, au vu de ces dispositions, une protection autonome des droits fondamentaux, qui s'intègrerait dans la structure et dans les objectifs de l'Union.

Cette conclusion vaut, tout d'abord, pour la clause de transfert de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte selon laquelle la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la CEDH, « leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ». Les termes mêmes employés par cette disposition nourrissent l'idée d'une reprise à l'identique des droits de la CEDH par la Charte de sorte que la Cour serait empêchée de procéder à une interprétation autonome de ces droits. De plus, si l'on prend en compte la longue liste des droits fondamentaux, qui sont reconnus dans les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la Charte comme similaires (19) dans la Charte et dans la CEDH, alors le doute quant à l'indépendance de la protection des droits fondamentaux de l'Union apparaît tout à fait légitime. Or les difficultés de veiller à l'autonomie du droit de l'Union en matière de protection des droits fondamentaux ne se limitent pas à la relation avec la CEDH. Conformément à l'article 52, paragraphe 4, de la Charte, certains droits fondamentaux, tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, « sont » reconnus par la Charte et « doivent » être interprétés en harmonie avec lesdites traditions. Par ailleurs, l'article 52, paragraphe 6, dispose que les législations et pratiques nationales « doivent être pleinement prises en compte ». En outre, l'article 53 relatif au niveau de protection de la Charte exige qu'aucune disposition de la Charte ne soit interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont partie l'Union, ou tous les États membres, et notamment la CEDH, ainsi que par les constitutions des États membres.

Ces règles soulèvent indéniablement des questions importantes, dont la réponse n'est nullement évidente. Les États membres craignaient-ils, lors de la rédaction finale des dispositions de la Charte, une évolution « trop » autonome des droits fondamentaux par la jurisprudence de la Cour ? Ou ces dispositions reflètent-elles un effort raisonnable pour trouver des solutions

(19) Droit à la vie (art. 2), Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 4), Interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 5), Droit à la liberté et à la sûreté (art. 6), Respect de la vie privée et familiale (art. 7), Droit de se marier et droit de fonder une famille (art. 9), Liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 10), Liberté d'expression et d'information (art. 11), Liberté de réunion et d'association (art. 12), Droit de propriété (art. 17), Non-discrimination (art. 21), Droit d'actions collectives (art. 28), Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial (art. 47), Présomption d'innocence et droits de la défense (art. 48), Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines (art. 49) et Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction (art. 50).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'autonomie du droit de l'Union et la mise en oeuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

équilibrées, susceptibles d'être acceptées par tous ? Plus encore : ces dispositions de la Charte forment-elles effectivement un corset utile pour la garantie d'un niveau élevé de protection des droits fondamentaux ou contraignent-elles la Cour « dans un lit de Procuste » duquel elle voudra à plus ou moins long terme se libérer ? De toute évidence, il n'est guère possible, au premier regard, d'affirmer que ces dispositions règlent sans équivoque le rapport, en matière de protection des droits fondamentaux, entre la Charte, la CEDH et les traditions constitutionnelles des États membres.

III. Il est fondamental de rappeler la raison d'être de l'obligation de respecter les droits fondamentaux qui s'impose aux pouvoirs de puissance publique de l'Union. Cette raison d'être réside, notamment, dans la nécessité de soumettre ces pouvoirs au respect d'un régime des droits fondamentaux distinct de celui des États membres et fondé sur les structures et les objectifs de l'Union. Par conséquent, les droits fondamentaux de la Charte lient principalement le législateur de l'Union et constituent le principal outil d'examen de la validité du droit secondaire de l'Union. Ensuite, ces droits fondamentaux doivent guider l'interprétation et l'application du droit de l'Union, et ce, indépendamment du fait de savoir quels organes ou institutions de l'Union dans le cadre de leur propre administration ou bien quelles autorités administratives ou juridictions nationales dans le cadre de l'administration communautaire sont chargés d'appliquer le droit de l'Union conformément aux exigences de la Charte (20). Quelle que soit la manière dont on décrit le champ d'application de la Charte qui s'impose aux pouvoirs de puissance publique de l'Union, cette portée reste cependant limitée à la mise en œuvre du droit de l'Union et doit être clairement distinguée du système général de protection des droits fondamentaux, qui repose, d'abord, sur les traditions constitutionnelles des États membres et, ensuite, sur le droit conventionnel. Au-delà des considérations strictement juridiques, il n'est pas dans l'intérêt de l'Union de dupliquer le système de protection des droits fondamentaux de la CEDH et, par là même, de nuire à sa portée tant juridique que politique (21). En particulier, une telle évolution pourrait conduire facilement à un engorgement du système juridictionnel de l'Union (22). Ainsi, la Charte n'a pas pour rôle de réduire ou de pallier les manques et les déficits qui peuvent survenir dans la protection des

(20) Th. von Danwitz et K. Paraschas, « A fresh start for the Charter : fundamental questions on the application of the European Charter of Fundamental Rights », *Fordham Int'l LJ.*, 2012, p. 1399 ; A. Rosas, « "Implementing" EU law in the member states : some observations on the applicability of the Charter of Fundamental Rights », in *L'Europe des droits fondamentaux, Hommage à Albert Weitzel*, Paris, Pedone, 2013, pp. 188 et s. ; L. Weitzel, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou regression », in *L'Europe des droits fondamentaux, Hommage à Albert Weitzel*, Paris, Pedone, 2013, pp. 234 et s. ; K. Lenaerts, « The EU Charter of Fundamental Rights : scope of application and methods of interpretation », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 110-111.

(21) Th. von Danwitz, § 6, « Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », *op. cit.*, pt 138.

(22) *Ibid.*, pt 139.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'autonomie du droit de l'Union et la mise en oeuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

droits fondamentaux garantie par la constitution d'un État membre (23). Au contraire, il incombe au système de protection des droits fondamentaux établi par la CEDH de garantir un niveau minimal de protection des droits fondamentaux. Par conséquent, la Cour s'est jusqu'à présent fermement opposée à un amalgame entre les deux systèmes de protection (24). Une interprétation de l'article 51, § 1, de la Charte allant au-delà des limites de cette finalité, serait sans doute, perçue comme une évolution de nature « fédéraliste ». Dans cette perspective, le parallélisme entre les différents régimes autonomes de protection des droits fondamentaux en Europe, qui va de pair avec le respect mutuel et la préservation de leur pluralité, exige, du moins du point de vue conceptuel, une distinction claire entre eux.

1. La nécessité d'un rattachement des pouvoirs de puissance publique de l'Union à un régime de protection des droits fondamentaux « autonome » est tout autant fondamentale que significative (25). Cette nécessité découle notamment de l'autonomie du droit de l'Union et pour être plus précis, de l'exigence d'application uniforme du droit de l'Union qui résulte du principe de primauté. Si cette nécessité d'une protection spécifique des droits fondamentaux par le droit de l'Union est manifeste pour l'appréciation de la validité des actes juridiques de l'Union basés sur le droit secondaire, elle l'est tout autant pour l'interprétation conforme aux droits fondamentaux du droit de l'Union (26). C'est la raison pour laquelle la Cour a décliné sa compétence en ce qui concerne l'applicabilité de la Charte à une réglementation nationale en raison du fait que les dispositions du droit secondaire de l'Union dans le domaine concerné n'imposaient aucune obligation aux États membres concernant la situation en cause au principal (27), et la seule circonstance qu'une réglementation nationale soit susceptible d'affecter indirectement le droit de l'Union ne saurait justifier l'applicabilité de la Charte (28).

Dans ce contexte, il convient de se demander si les différentes dispositions des articles 52 et 53 de la Charte et, en particulier, la clause de transfert de l'article 52, paragraphe 3, s'opposent à l'évolution d'une protection véritablement « autonome » des droits fondamentaux et, en d'autres termes, de s'interroger sur l'importance à accorder à ces dispositions. Dans un premier temps, il faut insister sur le fait que la Cour s'est depuis toujours orientée sur la jurisprudence de la Cour EDH et ne s'est jamais montré réticente à l'utiliser pour nourrir sa propre jurisprudence (29). Toutefois, à la suite

(23) *Ibid.*, pt 141.
(24) C.J.U.E., *Kamberaj*, aff. C-571/10, pt 62 ; C.J.U.E., *Åkerberg Fransson*, préc., pt 44.
(25) Th. von Danwitz, § 6, « Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », *op. cit.*, pt 147.
(26) Th. von Danwitz, § 6, « Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », *op. cit.*, pt 32.
(27) C.J.C.E., *Maurin*, aff. C-144/95, pts 11-12 ; C.J.U.E., *Iida*, aff. C-40/11, pt 79 ; C.J.U.E., *Ymeraga e.a.*, aff. C-87/12, pt 41 ; C.J.U.E., *Siragusa*, aff. C-206/13, pts 26-27.
(28) Th. von Danwitz, § 6, « Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », *op. cit.*, pts 25, 29-30.
(29) C.J.U.E., *McB.*, aff. C-400/10 PPU ; C.J.U.E., *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09 ; C.J.U.E., *Dereci e.a.*, aff. C-256/11 ; C.J.U.E., *N. S. e.a.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'autonomie du droit de l'Union et la mise en oeuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de la jurisprudence *Kadi*, c'est la Cour EDH qui s'est « alignée » sur la jurisprudence de la Cour (30) ; circonstance que la Cour a, à son tour, pris en compte dans sa jurisprudence subséquente (31). En effet, la Cour ne se sent nullement liée par la jurisprudence de la Cour EDH ni empêchée d'y apporter sa propre interprétation (32). Ce tableau de la jurisprudence des deux Cours aboutit finalement aux cas dans lesquels elles se sont inspirées mutuellement (33). Dans l'ensemble, il convient d'appréhender ce tableau de la jurisprudence de la Cour EDH et de la Cour comme la preuve vivante du sérieux avec lequel elles cherchent à promouvoir la cohérence entre les deux régimes de droits fondamentaux (34). En même temps, sur la base de la jurisprudence antérieure, force est de constater que la Cour ne se considère pas liée par la jurisprudence antérieure de la Cour EDH et que, dès lors, la clause de transfert de l'article 52, paragraphe 3, ne doit pas être comprise comme créant une compétence liée de la Cour, mais plutôt comme une référence dynamique destinée à assurer la cohérence entre les régimes. Enfin, l'indépendance de la protection des droits fondamentaux garantis par la Charte par rapport à la CEDH ne devra pas disparaître avec l'adhésion de l'Union à la CEDH. En effet, l'article 1er du protocole no 8 du Traité de Lisbonne souligne, à propos de l'adhésion de l'Union à la CEDH, que le traité d'adhésion va prévoir des mesures, afin de préserver les « caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union ». Ainsi, dans le cadre de l'avis 2/13, la Cour va s'attacher à identifier les mesures nécessaires pour préserver suffisamment les spécificités en matière de protection des droits fondamentaux qui se dégagent de la structure et des objectifs de l'Union.

2. Au regard de ces développements de la jurisprudence, il convient d'adresser avec sérénité le principe énoncé à l'article 52, paragraphe 4, de la Charte et à l'article 6, paragraphe 3, TUE relatif à l'interprétation des droits fondamentaux selon lequel les droits fondamentaux reconnus par la Charte « doivent » être interprétés en harmonie avec les traditions constitutionnelles des États membres. En effet, comme il ressort de la jurisprudence de la Cour relative à la reconnaissance des principes généraux du droit, la Cour procède, depuis toujours en matière de protection des droits fondamentaux

(30) C.J.C.E., *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P. Sur ce point, voy. M. Pellonpää, « Le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *L'Europe des droits fondamentaux, Hommage à Albert Weitzel*, Paris, Pedone, 2013, pp. 360 et 361. Voy. aussi l'arrêt de la Cour eur. D.H., *Stec e.a. c. Royaume-Uni*, req. nos 65731/01 et 65900/01, *Rec.*, 2006-VI, pt 58 : « il y a lieu d'attacher un poids particulier à la valeur hautement persuasive de la conclusion à laquelle a abouti la C.J.C.E. ».

(31) Cour eur. D.H., *Nada c. Suisse*, 12 septembre 2012, req. no 10593/08.

(32) C.J.U.E., *Åkerberg Fransson*, préc., pts 32- 37.

(33) Cour eur. D.H., *A. Menarini Diagnotics S.R.L. c. Italie*, req. no 43509/08, pts 38-45 et C.J.U.E., *Chalkor c. Commission*, aff. C-386/10 P, pt 51 ; C.J.U.E., *Gascogne Sack Deutschland c. Commission*, aff. C-40/12 P, pts 80-82. Voy. aussi M. Pellonpää, « Le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 358-370.

(34) Th. von Danwitz, § 6, « Gerichtlicher Schutz der Grundrechte », *op. cit.*, pt 32.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'autonomie du droit de l'Union et la mise en oeuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'Union, d'une manière critique à une comparaison des règles existant dans les États membres en ne réduisant pas cette analyse à la recherche du plus petit dénominateur commun, mais en tenant compte des objectifs spécifiques du traité et des particularités des structures de l'Union. L'application de cette méthode peut être retracée dans la jurisprudence de la Cour depuis l'arrêt *Algera* (35). Alors que le recours à une méthode de comparaison des règles nationales purement arithmétique tout comme la recherche du plus grand dénominateur commun – selon une méthodologie encore indéterminée – se sont révélés assez rapidement comme irréalisables, cette approche critique tenant compte des objectifs du traité et des structures de l'Union a, en elle-même, pris une importance déterminante (36). Par conséquent, la Cour a considéré qu'il faisait partie de son mandat de procéder d'une telle manière (37). Il résulte de l'application par la Cour de cette approche critique que l'obligation qui lui incombe en matière de protection des droits fondamentaux de prendre en compte les traditions constitutionnelles des États membres devrait être comprise comme une référence contraignante à une source de connaissances juridiques et non pas comme une limite matérielle des fonctions des juges de l'Union en matière de protection des droits fondamentaux.

On ne devrait pas non plus surestimer la signification du principe d'interprétation énoncé à l'article 52, paragraphe 6, de la Charte. En premier lieu, il convient de noter que deux références différentes sont comprises dans cette disposition : une première catégorie ne renvoie qu'aux dispositions et traditions nationales (38), tandis qu'une deuxième catégorie renvoie de surcroît au droit de l'Union (39). Ainsi, la Charte reflète le fait que, dans certains domaines, l'Union ne dispose pas de pouvoirs réglementaires propres ou ne dispose que de pouvoirs réglementaires partagés avec les États membres (40). En second lieu, il est frappant que la règle d'interprétation

(35) C.J.C.E., *Algera e.a. c. Assemblée commune*, aff. jtes C-7/56 et C-3/57 à 7/57, p. 115 ; C.J.C.E., *Snupat c. Haute Autorité*, aff. jtes C-42/59 et 49/59, p. 86 ; C.J.C.E., *Compte c. Parlement*, aff. C-90/95 P, pt 35 ; C.J.C.E., *Conserve Italia c. Commission*, aff. C-500/99 P, pt 90 ; C.J.C.E., *X.*, aff. C-60/02, pt 63 ; C.J.C.E., *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-303/05, pts 49-50 ; C.J.C.E., *Gondrand et Garancini*, aff. C-169/80, pt 15 ; C.J.C.E., *Van Es Douane Agenten*, aff. C-143/93, pt 27 ; C.J.C.E., *Belgique c. Commission*, aff. C-110/03, pt 30 ; C.J.U.E., *Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals c. Commission*, aff. C-550/07 P, pt 100.

(36) Sur la reconnaissance de la responsabilité de l'État pour une faute du pouvoir judiciaire, voy. l'arrêt C.J.C.E., *Köbler*, aff. C-224/01, pts 48-49 et les concl. de l'Av. gén. Léger dans cette affaire, pts 77-81 ; voy. également les arrêts *LTU*, aff. C-29/76, pt 5 ; C.J.C.E., *Hoechst c. Commission*, aff. jtes C-46/87 et 227/88, pt 17 ; C.J.C.E., *Omega*, aff. C-36/02, pt 34 et les concl. de l'Av. gén. Stix-Hackl dans cette affaire, pts 82-84 ; C.J.C.E., *AM & S Europe c. Commission*, aff. C-155/79, pts 18-21 et C.J.U.E., *Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals c. Commission*, aff. C-550/07 P, pts 40-43 et 69-76 et concl. Av. gén. Kokott dans cette affaire, pts 47, 89-91 et 101-104 ; voy., également, K. Lenaerts, « The EU Charter of Fundamental Rights : scope of application and methods of interpretation », préc., pp. 134 et s.

(37) Voy. l'arrêt *Köbler*, préc., pt 48 et les concl. de l'Av. gén. Léger, préc., pts 77-81.

(38) Art. 9, 10, 14, § 3, et art. 35 de la Charte.

(39) Art. 16, 27, 28, 30 et 34, §§ 1er et 3, de la Charte.

(40) C. Ladenburger, in *Tettinger/Stern, Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte Charta*, München, Verlag CH Beck, 2006, Artikel 52, pt 102 ;

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'autonomie du droit de l'Union et la mise en oeuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

formulée au paragraphe 6 qui est dépourvue de signification normative propre soit rédigée de manière déclarative, contribuant ainsi au symbolisme subsidiaire des dispositions générales de la Charte (41). Elle est donc à prendre en considération conjointement avec les dispositions matérielles respectives de la Charte. Dans ce contexte, il est certes envisageable de comprendre cette disposition comme limitant la protection des droits fondamentaux consacrés à la Charte aux seules procédures et institutions reconnues par le droit national (objection de conscience, traitement des partenariats de couples de même sexe). Mais cela reviendrait à rendre la protection des droits fondamentaux garantis par la Charte dépendante de la législation des États membres respectivement concernés. Ainsi, cela créerait un risque important d'une protection des droits fondamentaux de l'Union « à la carte », dépendant largement du droit national. Ces quelques réflexions démontrent déjà qu'une telle compréhension de la référence aux dispositions et traditions des États membres ne serait pas compatible avec l'exigence fondamentale d'un régime autonome de protection des droits fondamentaux de l'Union (42).

En revanche, il apparaît, dans une certaine mesure, tout à fait possible de prendre en considération ces références aux droits et traditions des États membres dans le cadre du contrôle de proportionnalité d'une ingérence dans les droits fondamentaux de l'Union commise par un État membre et de les comprendre comme une application propre à l'Union de la doctrine sur la « marge d'appréciation » développée par la Cour EDH dans sa jurisprudence (43). Ainsi, ces références se verraient créditées d'une signification correspondant en grande partie à l'approche conceptuelle développée par la Cour dans ses jurisprudences *Schmidberger*, *Omega* et *Sayn-Wittgenstein* (44).

3. Enfin, la question relative à l'autonomie de la protection des droits fondamentaux au niveau de l'Union porte sur le contenu et la portée de l'article 53 de la Charte relatif au niveau de protection de la Charte qui, d'ailleurs, a

---

C. Ladenburger, FIDE 2012 – Session on « Protection of fundamental rights post-Lisbon – The interaction between the Charter of Fundamental Rights, the European Convention of Human Rights and national constitutions », p. 53 ; R. Scholz, « Nationale und europäische Grundrechte : Umgekehrte "Solange"-Regel ? », *DVBl*, 2014, n° 4, pp. 200-201 ; V. Belling, « Supranational fundamental rights or primacy of sovereignty ? Legal effects of the so-called opt-out from the EU charter », *E.L.J.*, n° 2, March 2012, pp. 254-255. N. Nic Shuibhne, « The "constitutional weight" of adjectives », *E.L. Rev.*, 2014, vol. 39, n° 2, February 2014, pp. 153-154.

(41) C. Ladenburger, in *Tettinger/Stern*, préc., art. 52, pt 103.

(42) C. Ladenburger, in *Tettinger/Stern*, préc., art. 52, pt 107.

(43) C. Ladenburger, in *Tettinger/Stern*, préc., art. 52, pt 108 ; voy. également les arrêts de la Cour eur. D.H., *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° 6339/05, pt 77 ; *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, *Rec.*, 1997-II, pt 44 ; *Fretté c. France*, req. n° 36515/97, pt 41 ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, pt 85 ; *A, B et C c. Irlande*, req. n° 25579/05, pt 232 ; *S.H. e.a. c. Autriche*, req. n° 57813/00, pt 94. Voy. Th. von Danwitz, « Subsidiaritätskontrolle in der Europäischen Union », in *Festschrift für Dieter Sellner*, Zum 75. Geburtstag, München, C.H. Beck, 20, pp. 45 et s.

(44) C.J.C.E., *Schmidberger*, aff. C-112/00, pts 82 et s. ; C.J.C.E., *Omega*, aff. C-36/02, pt 31 ; C.J.U.E., *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, pt 87.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'autonomie du droit de l'Union et la mise en oeuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

déjà suscité une intense discussion académique. En premier lieu, il s'agit de déterminer si cette disposition doit être appréhendée comme une règle de conflit des lois selon laquelle, en cas de conflit, le régime des droits fondamentaux offrant le plus haut niveau de protection doit trouver à s'appliquer ou si elle doit être comprise comme une exception au principe de primauté du droit de l'Union (45). Eu égard au libellé peu clair de cette disposition, il paraît tout à fait compréhensible qu'il ait donné lieu à de multiples réflexions sur le contenu et la portée de cette disposition, et cela d'autant plus lorsque ces réflexions sont confortées par l'idée séduisante, qu'entre différentes garanties relatives aux droits fondamentaux, il convient d'appliquer au cas par cas le plus haut niveau de protection. En considérant de manière plus approfondie de telles réflexions, il s'avère toutefois qu'elles ne sont pas compatibles avec le but principal de la Charte.

Le point de départ de l'interprétation de cette disposition devrait être le libellé de l'article 53 de la Charte selon lequel aucune disposition de la Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, *dans leur champ d'application respectif*, par le droit de l'Union, le droit international, les conventions internationales auxquelles sont partie l'Union ou tous les États membres, ainsi que par les constitutions des États membres. Il ressort de cette référence au champ d'application de la garantie des droits fondamentaux, que l'article 53 ne vise pas à assurer une garantie globale d'un niveau de protection des droits fondamentaux selon le niveau de protection le plus élevé, mais davantage à refléter une clause de non-incidence, dont la fonction consiste à préserver l'autonomie des ordres juridiques respectifs en matière de protection des droits fondamentaux. Dans ce contexte, cette disposition est, dans sa structure, comparable à l'article 53 de la CEDH et à l'article 142 de la Loi fondamentale allemande (46). Par conséquent, le rôle de cette disposition consiste à éviter toute situation de conflit d'interprétation entre deux garanties des droits fondamentaux distinctes, afin d'assurer le respect, autant que possible, du champ d'application de chaque garantie (47). Comme la Cour l'a déjà affirmé dans l'arrêt *Melloni*, l'article 53 de la Charte ne doit cependant pas être compris comme permettant de ne pas appliquer un acte de l'Union en invoquant à un droit garanti par la Constitution d'un État membre. Une telle interprétation de l'article 53 de la Charte violerait purement et simplement le principe de primauté du droit de l'Union (48). Il convient de compléter ce propos en ajoutant que la disposition de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen en cause dans cette affaire a justement été adopté afin d'éviter toute difficulté liée au fait qu'il existe, précisément à cet égard, des différences en matière de protection

(45) Th. von Danwitz, in *Tettinger/Stern*, préc., art. 53, pt 41.

(46) C. Grabenwarter et K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention : ein Studienbuch, 5. Auflage, München, Verlag CH Beck, 2012, § 3, pts 14 et s.

(47) Arrêt *Melloni*, préc., pt 60.

(48) *Ibid.*, pts 58-59.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'autonomie du droit de l'Union et la mise en oeuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

des droits fondamentaux dans les différents États membres (49). Pour mieux comprendre cette jurisprudence, il convient de préciser que le représentant de l'État membre concerné a souligné devant la Cour que la question du niveau approprié de protection des droits fondamentaux ne comportait pas de problème lié à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles des États membres au sens de l'article 4, paragraphe 2, alinéa 1er, du TUE.

IV. Les réflexions précédentes visent à contribuer à une meilleure compréhension de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union constituant une valeur intrinsèquement liée à la mission historique de l'intégration européenne et des traités conclus pour sa réalisation. Ainsi, la préservation de cette autonomie fait partie intégrante de l'essence même de la protection des droits fondamentaux de l'Union. Si l'incorporation de la Charte dans le droit primaire de l'Union a été essentielle pour la poursuite et l'approfondissement du processus d'intégration européenne et pour la réalisation entière de l'idée d'État de droit, les dispositions des articles 52 et 53 de la Charte ne sont pas susceptibles de nuire à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Préserver cette autonomie de l'ordre juridique de l'Union est une tâche primordiale de la Cour qui s'en acquitte avec la plus grande vigilance.

(49) *Ibid.*, pt 62.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'autonomie du droit de l'Union et la mise en oeuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

« LA NOUVELLE APPROCHE DU DROIT DE L'INTÉGRATION »

Brunessen BERTRAND

Professeure à l'Université Rennes I,
membre de l'Institut de l'Ouest « Droit et Europe »
(CEDRE-IODE, UMR CNRS 6262)

Claude Blumann m'a un jour parlé du romantisme qui avait animé les premiers auteurs du droit communautaire venus vers ce droit nouveau et prometteur, porteur de promesses, tant politiques que juridiques. Cette vision romantique de la matière paraît à première vue contraster singulièrement avec les troubles qui accompagnent les évolutions récentes de la construction européenne. Le désenchantement politique qui touche le projet européen semble avoir eu quelques répercussions sur le plan juridique. Les crises régulières (1) nourrissent une incertitude sur l'identité et le devenir du droit de l'Union européenne, au point que cette matière pourtant si jeune pourrait paradoxalement parfois apparaître déjà nimbée d'un charme presque suranné.

Une forme de désarroi peut naître devant les hésitations qui sèment la confusion sur la nature du projet européen, rendant plus vulnérable, peut-être aussi plus précaire, le droit de l'Union européenne lui-même. Indétermination des perspectives, doutes sur la légitimité de l'Union européenne, tergiversations politiques, instabilité économique, ambiguïtés juridiques entretiennent un sentiment de fragilité auquel semble s'ajouter une perte des repères traditionnels qui ont contribué à façonner la discipline. Parmi ces repères figure l'idée que l'Europe se construisait progressivement, mais toujours vers l'avant, tournée vers un projet politique fort et fédérateur, justifiant un droit spécifique et autonome qui prime les droits nationaux. L'idée, aussi, d'une Union sans cesse plus étroite entre les peuples, vecteur de paix et de prospérité. Ces fondements « ontologiques » (2) du droit communautaire ne semblent plus incontestables. À travers les équivoques actuelles, tous ces mythes fondateurs du droit de l'Union européenne paraissent, en filigrane, remis en cause. Peut-être que l'Europe n'échappe pas à cette idée qu'« une civilisation débute par le mythe et finit par le doute » (3).

Les événements venus contredire ces idéaux originaires donnent parfois à penser que l'édifice européen pourrait n'être qu'éphémère et entretiennent

(1) Cl. Blumann et F. Picod (dir.), *L'Union européenne et les crises*, coll. Droit de l'Union européenne-Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2011.

(2) Cl. Blumann, « L'arrêt *Costa c. ENEL* : cinquante ans déjà », *J.D.E.*, n° 210, juin 2014, p. 233.

(3) E. Michel Cioran, *La Chute dans le temps*, Paris, Gallimard, 1990.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

le sentiment d'une certaine contingence de la chose européenne. Aussi, étudier le droit de l'Union européenne appelle toujours une certaine prudence. Ces incertitudes qui accompagnent les évolutions de la matière ne sont-elles que les inévitables jalons d'une discipline toujours en train de se forger ou sont-elles le signe d'une crise d'identité plus fondamentale ? Remise en cause des postulats établis par le passé, doutes sur les perspectives ; cela ressemble fort à une perte d'identité. Perte d'identité académique, mais peut-être aussi juridique.

Du point de vue académique, on peut se demander s'il s'agit là d'une tentation iconoclaste ou même d'un acte de résilience à l'égard d'une évolution nécessaire. La réponse à ces interrogations revêt peut-être un aspect générationnel. Là où les premiers auteurs de la matière auront plus de mal à se résoudre à faire table rase de ce qui fut, d'autres seront sans doute tentés de repartir sur de nouvelles bases. Reste alors la génération entre deux. Celle qui, nourrie de la vision traditionnelle du droit de l'intégration (4), ne peut que constater les nouveaux horizons vers lesquels s'élancent les étudiants, ceux-là mêmes qui connaissent parfois mieux que leurs enseignants la numérotation des traités pour n'avoir pas eu à se débattre avec trois générations de numérotations. Celle d'avant Maastricht et celle d'après Amsterdam, un peu comme la génération qui comptait encore en anciens francs au moment du passage à l'euro.

Les interrogations scientifiques sur l'identité du droit de l'Union ont inévitablement des implications académiques et interrogent l'enseignement du droit européen. Dans quelle mesure, lui aussi, peut-il être iconoclaste, quelle part laisser à ce qui n'a plus qu'un intérêt historique ; comment justifier l'importance, par exemple, de distinguer le droit tel qu'il était avant l'Acte unique, maintenant que les Communautés ne sont plus ? Faut-il enseigner l'histoire du droit de l'Union, en somme le droit communautaire, alors même que l'enjeu qui se profile semble déjà être celui de la redéfinition du droit de l'Union européenne.

Les enjeux académiques et scientifiques se rejoignent aussi à travers la question de l'autonomie du droit de l'Union européenne (5). Les débats opposent les tenants d'enseignements spécifiques de droit matériel à ceux qui proposent d'intégrer cette matière à celles existantes du droit interne. Si tout juriste est un européaniste qui s'ignore, défendre l'autonomie de ce droit appelle quelques justifications. L'approche transversale du droit européen, c'est-à-dire le choix d'une perspective nationale et sectorielle du droit de l'Union, intégrée aux matières internes peut-elle s'accommoder de la source spécifique et originale qui est la sienne ? On sait que la Cour de

(4) Notamment telle qu'elle résulte de la présentation de P. Pescatore, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, 1972, rééd., Bruxelles, Bruylant, 2005.

(5) Cl. Blumann, « Le droit matériel de l'Union peut-il être nationalisé ? », *Annuaire de droit européen*, vol. V, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 163.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

justice s'est un temps battue pour cette pédagogie des sources (6). Mais la banalisation du droit européen est aussi la conséquence de la notion d'intégration qui fonde précisément toute la spécificité du droit de l'Union. Transversalité et indifférenciation ou accentuation de son autonomie et de sa spécificité, ces questions dépassent le cadre académique pour interroger les ressorts scientifiques fondamentaux de la matière. C'est tout le paradoxe de la dialectique du caractère intégré et de l'autonomie du droit de l'Union. Plus le droit de l'Union se développe, plus il est absorbé par le droit national de sorte que, plus il est intégré, moins il peut être autonome.

Pour Claude Blumann, l'identité du droit de l'Union européenne est à rechercher dans la dialectique autonomie-unité du droit de l'Union. Malgré sa sophistication croissante, le droit de l'Union européenne ne doit pas cesser d'être pensé comme un tout indissociable. Isoler chacune de ses composantes prive l'analyse de la perspective essentielle qui doit être la sienne : le projet commun. L'autonomie du droit de l'Union européenne n'est pas une posture, elle est nécessaire à la compréhension d'ensemble du projet européen. Elle n'est pas exclusive naturellement d'autres approches possibles du droit de l'Union européenne, mais elle est consubstantielle à l'unité de ce droit. Cette vision du droit européen donne un sens aux évolutions récentes de la discipline.

Une identité se façonne avec le temps. Ceux qui étudient le droit de l'Union le savent bien ; on parle de « construction » européenne pour évoquer ce mouvement à l'œuvre, conceptualisé par Claude Blumann sous l'idée « d'évolutionnisme » du droit de l'Union. Ce processus d'évolution permanente fait partie intégrante de l'identité européenne. Il est, au fond, ce qui la constitue et ce qui la définit le mieux ; sans doute faut-il, en effet, parfois se perdre pour mieux se retrouver. C'est là un second paradoxe du droit de l'Union. Évolutionniste par essence, le droit de l'Union est condamné à se réinventer en permanence. Cela n'implique pas d'être iconoclaste, simplement d'accepter ce processus de redéfinition constante. Si l'on est toujours tenté de brûler ce qu'on adoré, un retour aux fondamentaux peut s'avérer fructueux, surtout si l'on sait sublimer les classiques.

Les caractères longtemps présentés comme fondamentaux du droit communautaire ne sont plus nécessairement ceux qui caractérisent le mieux le droit de l'Union tel qu'il se présente aujourd'hui. On peut y voir une remise en cause des mythes fondateurs du droit communautaire (I). Cette réévaluation des principes et valeurs essentiels du droit de l'Union a donné lieu à la recherche de nouveaux équilibres (II). Il en résulte une « nouvelle approche » du droit de l'intégration, pour reprendre le terme utilisé dans les années 1980 pour caractériser le changement de stratégie des institutions pour achever le marché intérieur (7). L'idée d'une nouvelle approche ren-

(6) Un acte de droit de l'Union doit rester un acte de droit de l'Union, un acte national ne pouvant dès lors s'en approprier le contenu au point d'en nier l'origine.

(7) F. Picod, « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », *Rev. trim. dr. eur.,* 1998, p. 169.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

voie à ce recentrage, à ce renvoi à la confiance mutuelle entre États membres qui avait été appliqué en matière d'harmonisation et qui peut être transposé à la notion même d'intégration. Ainsi, le droit de l'Union peut toujours être défini comme un droit de l'intégration si l'on accepte de redéfinir ce droit de l'intégration (III).

I. – La remise en cause des mythes fondateurs

La remise en cause des mythes fondateurs du droit communautaire, entamée sur le plan politique avec la fin de l'idéal européen, se prolonge sur le plan juridique avec la contestation des méthodes (A) et des principes (B) qui ont contribué à faire du droit communautaire le droit autonome, spécifique et intégré qui était sa raison d'être. Ces retraits juridiques confirment la dynamique iconoclaste amorcée depuis deux décennies.

A. – Le déclin des méthodes fondatrices

La déconstruction des fondements du projet européen est d'abord passée par la remise en cause de la méthode préconisée par les pères fondateurs. La logique de *spill over*, d'engrenage, imaginée par Jean Monnet et selon laquelle l'économique devait entraîner le politique, drainant avec elle une inéluctable « marche en avant », n'a à l'évidence pas eu les effets escomptés. Si le projet était d'aboutir à une union politique qui, de surcroît, ce serait imposée d'elle-même, il faut bien admettre que tel est loin d'être le cas. L'union fédérale européenne n'aura pas lieu. La méthode des petits pas, pertinente pour lancer le projet européen, n'avait sans doute pas vocation à se pérenniser. Si le choix de la progressivité a montré ses limites, c'est peut-être parce que son essence a été détournée au profit d'une vision de court terme inspirée par une stratégie d'évitement qui ne pouvait qu'aboutir à une impasse.

La méthode conçue par les pères fondateurs avait cependant trouvé un relais en pratique dans une forme de dialectique entre les deux architectes permanents du projet européen, la Cour de justice et les rédacteurs des traités. Ces deux architectes ont interprété à leur manière ces fondements et ont longtemps inscrit leurs contributions réciproques dans un rapport de rétroaction. Pour les rédacteurs des traités, la méthode Monnet est devenue synonyme de pragmatisme, de réalisme et de logique de court terme. Pour la Cour de justice, cette méthode impliquait une vision d'ensemble, une logique de long terme, une méthode fonctionnelle tout orientée vers un projet politique final. C'est dire combien les acteurs de la construction européenne, artisans de la méthode Monnet, avaient trouvé leur dynamique autour de cet équilibre. À l'existentialisme du droit de l'Union européenne prôné par les rédacteurs des traités faisait contrepoids l'esprit de système du juge.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cet équilibre a, lui aussi, été modifié. L'esprit de système du juge semble aussi avoir marqué le pas. Le volontarisme du juge à bâtir quelque chose, la vision d'ensemble de la construction européenne qui était la sienne et qui était perceptible, à travers ses techniques d'interprétation téléologique et systémique du droit, n'ont plus cours. La sophistication des arrêts, la prudence des solutions, la rareté des « grands arrêts » ne permettent plus de discerner une véritable vision du droit dans la politique jurisprudentielle d'une Cour qui n'aspire visiblement plus à jouer le rôle d'architecte qui a longtemps été le sien, pour se recentrer autour d'une régulation au jour le jour du contentieux.

Si une dernière déconstruction peut être évoquée, c'est cette idée que l'Union devait se construire avant tout par le droit. Le recours aux instruments juridiques contraignants était le propre d'un droit communautaire qui se distinguait des méthodes plus consensuelles et interétatiques du droit international public. L'utilisation des outils normatifs traditionnels n'a certes pas été délaissée en droit de l'Union européenne, mais elle est désormais fortement concurrencée par un double mouvement. La première limite au phénomène juridique dans l'Union européenne est politique. Nombreux sont les cas où la pratique politique prend le dessus sur les règles juridiques. La gestion de la crise économique a ainsi montré le contournement des règles et procédures juridiques par le consensus politique. L'intégration juridique européenne est affaiblie chaque fois que les États membres reprennent la main sur les institutions en s'émancipant des procédures prévues à cet effet dans les traités. Le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire s'est ainsi conclu en dehors des traités alors qu'il concerne des questions régies par le droit de l'Union. On peut aussi évoquer la question de la mise en œuvre de la procédure pour les déficits publics excessifs contre la France et l'Allemagne en 2003. L'interétatique reprend ses droits sur les mécanismes juridiques intégrés. La seconde limite au phénomène juridique dans l'Union européenne est juridique. Si la question de la compétence limite classiquement l'intervention normative de l'Union, elle justifie désormais le recours à des procédures telles que la méthode ouverte de coordination ou des instruments de droit doux, de *soft law*. La situation qui en résulte est paradoxale, puisque la méthode ouverte de coordination étend le champ d'intervention de l'Union sans élargir sa compétence normative. Cette situation risque d'entretenir la rhétorique d'une Europe omniprésente, mais impuissante qui alimente les déceptions suscitées par l'Union européenne. En outre, le développement exponentiel de la *soft law*, lié par exemple au phénomène des agences, pourrait faire perdre à l'Union l'essentiel de ce qui la singularise traditionnellement par rapport au droit international. À trop se « dénormativiser », le droit de l'Union ne serait plus nécessairement un droit supranational, un droit de l'intégration.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

B. – L'affaiblissement des concepts structurants

Pour illustrer ce mouvement, on peut évoquer deux grands concepts fondateurs du droit communautaire que l'on croyait indépassables et indissociablement liés à l'essence même de ce droit. Il s'agit de la primauté et de l'acquis communautaire, longtemps présentés comme tellement consubstantiels au droit communautaire que l'on ne pourrait les écarter sans faire perdre au droit sa nature communautaire, pour paraphraser la formulation jurisprudentielle bien connue issue de l'arrêt *Costa c. ENEL* (8). Au-delà, les affaires concernant la Hongrie tranchées par la Cour en 2012 pourraient bien laisser penser que c'est l'objectif même de paix entre les États membres et d'adhésion aux valeurs communes et fondamentales de l'État de droit qui pourrait être fragilisé (9).

Toute la structure fondamentale de l'ordre juridique communautaire, telle qu'elle a été pensée par le juge à l'origine, reposait sur les principes de primauté et d'effet direct. Pour les consacrer, le juge s'est fondé sur la prémisse de la création d'un nouvel ordre juridique intégré au système juridique des États membres, combinée à « l'esprit du traité ». L'affirmation de la primauté comme principe « fondamental » et « essentiel » au droit communautaire a été la clé de voûte de l'édifice, puisque c'est toute la supranationalité du droit communautaire qui s'en trouvait définie. La primauté devenait, dès lors, une « condition existentielle » (10) du droit communautaire et signifiait que la volonté commune exprimée dans le cadre européen devait toujours prévaloir sur la volonté unilatérale des États membres. Condition existentielle, en effet, parce qu'elle détermine l'unité et l'uniformité de l'application du droit communautaire et empêche la « nationalisation » du droit de l'Union incompatible avec l'idée de droit commun. On sait que l'affirmation de ce principe absolu s'est heurtée à quelques résistances nationales qui se sont accrues avec le temps. Les juridictions nationales continuent d'affirmer la primauté de la Constitution dans l'ordre interne et n'admettent la primauté du droit de l'Union européenne qu'à certaines réserves de constitutionnalité, en particulier une équivalence des protections. La primauté, conçue comme une règle de résolution des conflits de normes, n'a plus la même acuité, dès lors que les raisonnements juridiques ne s'articulent plus nécessairement autour du concept de hiérarchie des normes (11).

La notion d'acquis communautaire s'était également imposée comme une notion structurante d'un droit qui se revendiquait supranational. Elle était

(8) C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. C-6/64, *Rec.*, p. 1141.

(9) C.J.U.E., 16 octobre 2012, *Hongrie c. Slovaquie*, aff. C-364/10 ; C.J.U.E., 6 novembre 2012, *Commission européenne c. Hongrie*, aff. C-286/12 ; résolution du Parlement européen du 3 juillet 2013 sur la situation en matière de droits fondamentaux : normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012) (2012/2130[INI]).

(10) P. Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Liège, PU de Liège, 1975, rééd. Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 227.

(11) D. Ritleng, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *Rev. trim. dr. eur.*, 2009, p. 677.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

corrélée à l'idée qu'il y avait un sens univoque à la construction européenne, notamment une intégration toujours plus poussée entre les États membres et une Union sans cesse plus étroite entre les peuples. Pour garantir cet allant, il était nécessaire de ne pas revenir en arrière et de protéger ce qui avait été fait. C'est l'idée qu'il pourrait y avoir un « effet cliquet anti-retour » pour la construction européenne, quelque chose qui pourrait protéger définitivement ce « patrimoine commun » (12). Ce concept avait trouvé une traduction juridique à travers la notion d'acquis communautaire. La Cour avait poussé à son paroxysme cette volonté en bâtissant une jurisprudence renvoyant à quelque chose proche de l'idée de supraconstitutionnalité du droit primaire (13). Non seulement cette jurisprudence a été délaissée, mais, en plus, le Traité de Lisbonne a supprimé le maintien intégral et le développement de l'acquis communautaire comme objectif du traité (14). Sans avoir disparu, la fragilisation du concept d'acquis communautaire implique une réversibilité du projet européen et, donc, la possibilité d'une marche arrière dans la construction européenne. Depuis Lisbonne, les traités organisent ainsi le retrait d'un État membre (15) et la réversibilité des transferts de compétences étatiques à l'Union européenne (16). Ce n'est d'ailleurs pas un cas d'école, puisque la Politique agricole commune, qui était classiquement une compétence exclusive de l'Union, a été en partie renationalisée en devenant, à la faveur de ce dernier traité, une compétence partagée. Ces dispositions sont juridiquement assez symboliques, mais ce sont là des symboles forts qui affirment que l'évolution européenne ne se fait plus à sens unique. C'est donc bien « l'esprit des traités » qui a changé, avec les conséquences que cela peut impliquer sur leur interprétation téléologique. Est-ce à dire, alors que l'on fête cette année le cinquantenaire de l'arrêt *Costa* (17), qu'une telle solution n'aurait plus lieu d'être aujourd'hui ? Il n'est pas sûr que les fondements du droit communautaire soient à écarter, à condition que l'on sache les sublimer.

II. – La recherche de nouveaux équilibres

Évoquer le romantisme du droit de l'Union ne doit pas conduire à se complaire dans une nostalgie incompatible avec l'évolutionnisme inhérent à ce

(12) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2013, p. 101.

(13) C.J.C.E., 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. C-43/75, *Rec.*, p. 455, pt 58 ; C.J.C.E., 14 décembre 1991, *Avis sur l'Espace économique européen*, avis 1/91, *Rec.*, p. I-6079.

(14) Le Traité de Maastricht comportait plusieurs dispositions relatives à l'acquis communautaire : l'un des objectifs du traité (ex-art. 2 TUE) était « de maintenir intégralement et de développer l'acquis communautaire ».

(15) L'art. 50 TUE dispose que « tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union ».

(16) L'art. 48 TUE relatif à la révision des traités précise, à propos de la procédure de droit commun, que cette révision peut avoir comme objet aussi bien d'accroître que de réduire les compétences de l'Union.

(17) C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa*, aff. C-6/64, *Rec.*, p. 1141.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

droit. Les mythes fondateurs du droit communautaire n'ont pas nécessairement à être oubliés, à condition d'admettre une lecture dynamique de ceux-ci.

D'une part, la vision actuelle du projet européen n'est pas une remise en cause de la conception fondatrice qui l'a porté, du moins si l'on accepte que celle-ci n'a jamais été univoque. Il y a toujours eu plusieurs lectures, plusieurs ambitions pour le projet européen. Si l'histoire européenne était une tragédie, on pourrait dire qu'il y a toujours eu des forces antagonistes qui se sont affrontées pour défendre des visions opposées du projet européen. Or, pour reprendre les mots de Camus, « les forces qui s'affrontent dans la tragédie sont également légitimes, également armées en raison… chaque force est en même temps bonne et mauvaise. Antigone a raison, mais Créon n'a pas tort. La formule tragique par excellence : "Tous sont justifiables, personne n'est juste." ». Le droit de l'Union européenne est aujourd'hui le fruit de cette opposition constante au point qu'elle fait partie intégrante de son identité. Ce qui ne devait être que temporaire s'est finalement pérennisé, de sorte que l'on a ainsi normalisé ce qui n'était à l'origine qu'une anomalie (A).

Si l'on accepte cette hybridité fondamentale en tant qu'élément de l'identité du droit de l'Union européenne, et non comme une contradiction à dépasser ou une impasse idéologique à résoudre, une conception renouvelée de la nature du droit de l'Union européenne devient possible. Assumer l'ambivalence du droit de l'Union européenne implique de relire les grands concepts du droit communautaire à la lumière de cette caractéristique devenue avec le temps partie intégrante de son identité. Concept fondateur par excellence, l'idée de droit de l'intégration ne peut sans doute pas s'exonérer de cette relecture. Celle-ci passe en particulier par un rééquilibrage des trois légitimités – intégrative, étatique, démocratique – qui fondent la légitimité de l'Union européenne elle-même. Dans sa nouvelle approche, le droit de l'intégration ne passe plus par une prééminence, réelle ou supposée, de la légitimité intégrative ; les enjeux institutionnels actuels semblent davantage mettre en valeur la légitimité étatique (B).

A. – La normalisation des anomalies

Le droit de l'Union est le résultat de la double vision du projet européen qui a toujours été en germe dans la construction européenne. Le compromis entre ces deux visions de l'Europe s'est longtemps traduit pas une ambiguïté indépassable qui tend aujourd'hui à devenir une ambivalence choisie et assumée.

« Et tâchez quelquefois de répondre en Normand » (18). Dès l'origine, il y a toujours eu une ambiguïté sur la nature du projet européen, une tension entre différentes visions de l'Europe. Pour simplifier, les partisans du fédéralisme se sont opposés à ceux qui plaidaient pour une fédération d'États-nations respectueuse des souverainetés nationales. Le résultat de ces

(18) J. de La Fontaine, « La Cour du Lion », *Fables*, VII, 7.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

volontés contradictoires et de ces compromis politiques est un ensemble politique assez original qui n'a jamais été facile à saisir. Le pragmatisme qui le caractérise a supposé de jouer sur la polysémie des mots, à privilégier la technique du double sens pour satisfaire les uns sans susciter l'opposition des autres. C'est ainsi qu'il existe des peuples européens, mais pas un peuple européen ou une citoyenneté de l'Union sans nation européenne. On a aussi essayé, sans craindre la contradiction, d'adopter « Traité établissant une Constitution pour l'Europe ». Le métissage permanent des concepts, destiné à satisfaire à la fois les eurosceptiques comme les plus fédéralistes, trouve une autre illustration assez notable avec le principe de subsidiarité : principe du fédéralisme allemand, il a aussi été perçu comme un élément permettant de préserver les compétences étatiques. Le recours aux ambiguïtés conceptuelles et juridiques a servi à éluder le problème des mots du droit de l'Union et du sens qu'il convenait de leur donner. La technique des notions autonomes et fonctionnelles a permis de dépasser certaines impasses conceptuelles qui auraient pu annihiler la technique du recours à ces équivoques.

Un temps, ces ambiguïtés ont permis d'éluder le travail de qualification et de conceptualisation nécessaires à l'autonomie et à la clarification de l'identité du droit de l'Union européenne. Pour autant, le choix de l'existentialisme juridique n'implique pas tant d'ambiguïtés conceptuelles ; le pragmatisme ne doit pas nous exonérer d'une réflexion sur les ambitions du projet européen. On l'aura compris, le droit de l'Union ne rentre pas dans les catégories classiques des droits interne et international. Faute d'avoir trouvé des catégories opérantes pour penser le droit de l'Union européenne, on s'est retranché derrière le confort du *sui generis*. Cette absence de qualification et de conceptualisation ne pouvait qu'aboutir au constat de l'irréductible spécificité du droit de l'Union. On peut se demander dans quelle mesure ce consensus sur les ambiguïtés n'a pas fini par constituer l'identité européenne ; la pérennisation de ces ambiguïtés serait ainsi devenue un choix. Il devient difficile, en effet, de dire encore aujourd'hui que l'on a un doute sur la finalité du projet européen. L'Union n'a clairement pas vocation à avoir une forme fédérale, mais elle ne se limite pas non plus à un simple marché unique. C'est là l'ambivalence assumée de l'Union européenne.

« Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement, Et les mots pour le dire arrivent aisément. Hâtez-vous lentement, et sans perdre courage, Vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage, Polissez-le sans cesse, et le repolissez, Ajoutez quelquefois, et souvent effacez » (19). Les évolutions du droit de l'Union européenne montrent la victoire de l'existentialisme sur l'esprit de système. Cela implique que les nuances apportées aux grands concepts et les corrections constantes de la jurisprudence n'ont pas nécessairement à être interprétées comme une remise en cause de l'essence du droit de l'Union. Il est possible, en effet, d'admettre que ces évolutions ne portent pas

(19) N. Boileau, *De l'Art poétique*, 1674.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

atteinte à l'édifice dès lors que l'on ne « divinise pas trop les masques » (20). Ces concepts structurants, ces grands arrêts fondateurs doivent rester ce qu'ils sont, un fondement, une base à partir de laquelle le droit va pouvoir se développer. Ils ne représentent pas un absolu, mais une prémisse à partir de laquelle le temps et le droit vont faire leur œuvre.

Cela implique en premier lieu de « dédramatiser » les grands arrêts. On a longtemps vécu avec le mythe des arrêts « fondateurs » du droit communautaire : s'ils furent incontestablement de « grands » arrêts, il faut se méfier des conséquences inattendues que peut avoir cette qualification. Des évolutions de la jurisprudence sont possibles, souvent souhaitables et même parfois inévitables. Elles n'impliquent pas une remise en cause des fondements de la jurisprudence. Les mêmes questions n'appellent pas nécessairement les mêmes réponses. La jurisprudence s'affine, conséquence d'un positionnement institutionnel différent du juge qui préfère accompagner les évolutions du droit plus qu'il ne cherche à les provoquer. La question de l'effet direct, tranchée assez radicalement dans la jurisprudence *Van Gend* (21), se résout désormais avec une certaine mesure. La jurisprudence évolue par strates successives plus que par coup d'éclat. La question de l'effet direct du droit international, de la Charte des droits fondamentaux, des dispositions de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice ne pourra se résoudre que progressivement. Celle de l'effet direct des règlements devient plus nuancée. Cette prudence ne signifie pas qu'il faille réévaluer ni repenser la solution *Van Gend*, simplement que les implications toujours plus fortes des arrêts à mesure que s'élargit le champ du droit de l'Union appellent une stratégie jurisprudentielle renouvelée. Le rôle du juge national défini par la jurisprudence *Simmenthal* (22) peut être ponctuellement assoupli pour tenir compte de nouveaux impératifs nationaux, comme l'a montré l'affaire *Melki* (23), sans que la jurisprudence dans son ensemble perde de sa vigueur, ainsi que l'ont successivement confirmé les solutions *Krizan* (24) et *Åkerberg Fransson* (25).

Cela implique, en second lieu, de s'ouvrir à de nouveaux horizons théoriques et conceptuels ; dans cette perspective, la primauté peut bien s'accommoder de l'identité constitutionnelle nationale, la notion de hiérarchie des normes peut évoluer vers un pluralisme ordonné et le projet européen vers un fédéralisme économique. Le travail de conceptualisation du droit de l'Union peut ainsi conduire à imaginer de nouveaux concepts (26) –

(20) B. Chenot, « L'Existentialisme et le Droit », *RF sc. pol.*, vol. 3, 1953, nº 1, p. 57, spéc. p. 68.
(21) C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. C-26/62, *Rec.*, p. 1.
(22) C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, *Rec.*, p. 629.
(23) C.J.U.E., 22 juin 2010, *Melki et Abdéli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, *Rec.*, p. I-5667.
(24) C.J.U.E., 15 janvier 2013, *Jozef Križan*, aff. C-416/10.
(25) C.J.U.E., 26 février 2013, *Åklagaren*, aff. C-617/10.
(26) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 98-100.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

songeons au constitutionnalisme de marché (27) de L. Azoulai. Le droit de l'intégration, conçu comme un droit supranational fondé essentiellement sur la légitimité intégrative, n'échappe pas à cette redéfinition.

B. – Le rééquilibrage des légitimités

La recherche de nouveaux équilibres s'articule autour de l'assouplissement des exigences classiques de l'intégration et, en particulier, de la prise en compte accrue des intérêts étatiques au détriment d'éléments plus caractéristiques de la légitimité intégrative. Cette réévaluation des intérêts étatiques est notable à travers de nombreux éléments comme l'institutionnalisation du Conseil européen, la redynamisation du principe de subsidiarité et des parlements nationaux, la réaffirmation de l'importance du rôle du juge national comme juge de droit commun du droit de l'Union (28) ou, encore, le rééquilibrage des compétences exclusives et partagées. Dans le jeu institutionnel actuel, c'est moins la Commission, qui incarne la légitimité intégrative, que les institutions telles que le Conseil ou le Conseil européen qui déterminent les orientations politiques et les choix stratégiques de la construction européenne. Si la Commission a perdu de son importance politique, elle tend aussi parfois à être marginalisée sur le plan juridique ; en matière d'exécution, les agences européennes de régulation, dont la structure permet aux États membres de faire valoir leurs intérêts, semblent désormais en mesure de concurrencer la Commission sur le terrain de l'exécution du droit de l'Union depuis que la Cour a consacré la possibilité pour elles de prendre des actes réglementaires (29). Cette décentralisation de la fonction d'exécution au niveau européen, permise par la consécration de nouvelles compétences, en l'occurrence les pouvoirs d'intervention de l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), illustre ces nouvelles formes institutionnelles qui expriment une légitimité moins intégrative que celle de la Commission.

Sur le terrain contentieux également, la revalorisation de la légitimité étatique peut être observée, comme le montre, par exemple, le changement de politique jurisprudentielle relatif à la qualification des compétences. D'une jurisprudence très volontariste sur la qualification des compétences exclusives, la Cour semble préférer désormais la qualification de compétences partagées. Cette politique jurisprudentielle n'est pas manifeste dans le domaine des relations extérieures de l'Union (30), même si ce dernier voit se

(27) L. Azoulai, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Rev. trim. dr. eur.*, 2008, p. 29.

(28) C.J.U.E., avis, 8 mars 2011, *Projet d'accord créant une juridiction du brevet européen et du brevet communautaire*, avis 1/09.

(29) C.J.U.E., 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c. Parlement européen et Conseil*, aff. C-270/12.

(30) Voy. les arrêts C.J.U.E., 18 juillet 2013, *Sanofi-Aventis Deutschland*, aff. C-414/11 et C.J.U.E., 22 octobre 2013, *Commission c. Conseil*, aff. C-137/12, relatifs à la compétence exclusive de l'Union en matière de politique commerciale commune ; voy. également C.J.U.E., 4 septembre 2014, *Commission c. Conseil*, aff. C-114/12 ; C.J.U.E., 14 octobre 2014, avis,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

développer un contentieux d'un nouveau genre, illustré par de multiples recours du Conseil soutenu par de nombreux États membres contre la Commission cherchant à confirmer la tendance à la réévaluation des intérêts étatiques (31). La politique jurisprudentielle favorable aux compétences partagées a trouvé son expression privilégiée dans le droit institutionnel « interne ». En cela, la Cour s'inscrit dans la même perspective que les rédacteurs des traités, qui, en clarifiant les catégories de compétences, ont clairement exprimé le caractère limitatif des compétences exclusives et le caractère de droit commun des compétences partagées. Ils ont même au passage disqualifié la Politique agricole commune pour la requalifier comme compétence partagée. Il était naturel que la Cour prenne acte de cette réévaluation ; cette nouvelle interprétation des catégories de compétences a néanmoins eu pour conséquence d'assouplir les formes institutionnelles traditionnelles du droit de l'Union : généralisation du recours aux accords mixtes, admission facilitée de la procédure de révision simplifiée des traités, validation du recours aux coopérations renforcées.

Cette politique jurisprudentielle favorable aux compétences partagées a permis à la Cour de simplifier le recours à de nouvelles formes institutionnelles. C'est le cas de la procédure simplifiée de révision des traités en premier lieu. Dans l'arrêt *Pringle* (32), la Cour a dû déterminer si la décision 2011/199 qui modifiait l'article 136 TFUE (en y ajoutant un paragraphe prévoyant que « les États membres dont la monnaie est l'euro peuvent instituer un mécanisme de stabilité ») octroyait aux États membres une compétence dans le domaine de la politique monétaire en ce qui concerne les États membres dont la monnaie est l'euro. Le cas échéant, la modification du traité aurait empiété sur la compétence exclusive de l'Union de l'article 3, paragraphe 1er, TFUE ; dès lors, une telle modification ne pouvait être réalisée avec la procédure de révision simplifiée mais seulement avec la procédure de révision ordinaire prévue à l'article 48 TUE. En s'attachant aux objectifs assignés au mécanisme de stabilité (33) et aux moyens prévus pour les atteindre, ainsi qu'au lien existant entre ce mécanisme et les dispositions du Traité FUE relatives à la politique économique, la Cour a estimé que le

Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, avis 1/13. Cette tendance lourde en matière de compétences externes n'exclut pas certaines hésitations : voy., p. ex., l'arrêt C.J.U.E., 7 octobre 2014, *Allemagne c. Conseil*, aff. C-399/12, dans lequel la Cour élude la question de la qualification des compétences.

(31) P. ex., dans l'avis 1/13, la question se posait de savoir si l'acceptation de l'adhésion d'un pays tiers à la Convention de La Haye de 1980 relevait de la compétence exclusive de l'Union ; le Conseil et dix-neuf des vingt et un États ayant présenté des observations estimaient que l'Union ne disposait pas d'une compétence exclusive (C.J.U.E., 14 octobre 2014, avis, *Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, avis 1/13, pt 60).

(32) C.J.U.E., 27 novembre 2012, aff. C-370/12.

(33) La Cour a estimé que l'objectif du MES, la préservation de la stabilité de la zone euro dans son ensemble, se distinguait de l'objectif de maintenir la stabilité des prix, qui est l'objectif principal de la politique monétaire de l'Union, alors même que la stabilité de la zone euro peut avoir des répercussions sur la stabilité de la monnaie utilisée au sein de cette zone. Pour le juge, une mesure de politique économique ne doit pas être qualifiée de mesure de politique monétaire du seul fait qu'elle est susceptible d'avoir des effets indirects sur la stabilité de l'euro.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

MES relevait du domaine de la politique économique. La décision ajoutant le MES à l'article 136 TFUE n'affecterait donc pas la compétence exclusive de l'Union, prévue par l'article 3, paragraphe 1er, TFUE, en matière de politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro. Cette qualification souple des compétences a permis à la Cour de valider l'accord, conclu entre les États membres dont la monnaie est l'euro, portant sur l'institution d'un mécanisme de stabilité. Cette souplesse n'est cependant pas un renoncement. La Cour vérifie bien, dans l'arrêt *Pringle*, si les États membres ne pourront s'affranchir du respect du droit de l'Union dans l'exercice de leurs compétences dans ce domaine. En particulier, la conditionnalité prévue pour l'octroi d'une assistance financière garantissait le respect du droit de l'Union et les mesures prises par elle dans le cadre de la coordination des politiques économiques des États membres.

La politique jurisprudentielle favorable aux compétences partagées a permis à la Cour de valider le recours à des formes institutionnelles moins traditionnelles telles que la procédure des coopérations renforcées en second lieu. Dans l'affaire concernant la décision d'autoriser une coopération renforcée pour la création d'une protection par brevet unitaire (34), la Cour a dû déterminer si ces compétences avaient ou non un caractère exclusif, puisqu'il s'agit là d'une des conditions de l'article 20 TUE. Pour la Cour, l'article 118 TFUE attribue à l'Union une compétence pour établir des titres européens de propriété intellectuelle dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur. Elle en déduit que cette compétence est une compétence partagée en vertu de l'article 4, paragraphe 2, TFUE qui classe le marché intérieur parmi les compétences partagées. S'il n'est pas difficile de comprendre l'effet attractif de la notion de marché intérieur, cette qualification pouvait néanmoins être discutée au regard de l'article 3, paragraphe 1er, TFUE qui range, parmi les compétences exclusives de l'Union, les « règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ». Pour le juge, l'importance des règles de propriété intellectuelle pour le maintien d'une concurrence non faussée sur le marché intérieur ne suffit pas à les qualifier de « règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur » (qui doivent rester cantonnées aux art. 101 TFUE à 109 TFUE). Pourtant, il est admis que « la propriété intellectuelle, en général, et le brevet, en particulier, compte tenu de leur nature, donnent à leur titulaire un monopole qui affecte la concurrence » et que les « droits qui découlent de la propriété d'un brevet sont de nature à affecter les échanges de biens et de services ainsi que les rapports de concurrence au sein du marché intérieur » (35). La Cour avait même affirmé que la marque communautaire était un élément essentiel du système de concurrence non faussée que le Traité FUE entend établir (36). Se rattachant à une qualification fonctionnelle, la Cour a estimé en 2013 que les compétences

(34) C.J.U.E., 16 avril 2013, *Espagne et Italie c. Conseil*, aff. jtes C-274/11 et C-295/11.
(35) Concl. Bot du 11 décembre 2012, aff. jtes C-274/11 et C-295/11, pt 60.
(36) C.J.C.E., 26 avril 2007, *Alcon c. OHMI*, aff. C-412/05 P, *Rec.*, p. I-3569, pt 54 ; C.J.U.E., 14 septembre 2010, *Lego Juris c. OHMI*, aff. C-48/09 P, *Rec.*, p. I-8403, pt 38.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de l'article 118 TFUE relevaient d'un domaine de compétences partagées ; les compétences relevant du marché intérieur ne sont pas limitées à l'adoption de mesures d'harmonisation mais couvrent toute compétence qui se rattache aux objectifs énoncés à l'article 26 TFUE – à savoir la création d'un « espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée ». Les conséquences d'une telle politique jurisprudentielle sont évidemment importantes, en particulier l'invocabilité du principe de subsidiarité.

III. – La redéfinition du droit de l'intégration

On a parfois dénoncé la vision un peu manichéenne qui consiste à assimiler « le bien à la transposition à la construction européenne d'un fédéralisme parlementaire et le mal dans la coopération entre les États membres » (37). Le recours à la méthode intergouvernementale et à la coordination fait désormais partie du droit de l'Union autant que ce qui était auparavant la méthode communautaire : c'est là la « méthode de l'Union » (38). Cette montée en puissance des États membres dans le champ institutionnel européen ne signifie pas une dénaturation du droit de l'Union. Ce changement de paradigme illustre bien la conception renouvelée du droit de l'Union comme droit de l'intégration qui fait une plus grande place aux États membres et à la légitimité étatique. Le dynamisme de la construction européenne a réinventé le droit de l'intégration, en assouplissant les exigences classiques d'une intégration synonyme de supranationalité. Il en résulte, comme cela a été le cas dans le droit du marché intérieur, une « nouvelle approche » du droit de l'intégration (B) qui passe par de nouvelles formes institutionnelles (A).

A. – Les nouvelles méthodes du droit de l'intégration

La redéfinition du droit de l'Union comme droit de l'intégration passe par de nouvelles formules juridiques qui rééquilibrent la part des légitimités intégratives et étatiques. L'idée que l'intégration économique entraîne, dans la logique de *spill over*, un rapprochement politique est devenue obsolète, dès lors que les enjeux de l'intégration économique sont devenus éminemment politiques. Les progrès de l'intégration économique ont des conséquences directes sur le noyau dur des compétences souveraines des États – monnaie, déficits publics, fixation du niveau de dépenses publiques dans les États membres. Cela implique de redéfinir le droit de l'intégration et le projet européen en les ajustant aux nouvelles contraintes de l'intégration économique. C'est une intégration modulée, sur mesure, qui se définit et se redéfinit en fonction des contraintes et des exigences qui apparaissent au fil du temps. Certains États membres font ainsi valoir la nécessité d'un renforcement des mécanismes intégrés pour faire progresser l'intégration

(37) J.-P. Jacqué, « Le nouveau discours de la méthode », *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, p. 269.
(38) Discours de la chancelière allemande Angela Merkel au Collège d'Europe, Bruges, le 2 novembre 2010.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

économique. Le souhait d'un contrôle de la Cour ou de la Commission sur les budgets nationaux pourrait sembler renouer avec la perspective fédérale originaire. Si l'intégration politique devait devenir un préalable à une intégration économique plus poussée, il s'agirait d'une singulière inversion de la méthode originelle. Une autre façon de dire les choses est que, désormais, pour avancer dans l'intégration économique, il faut en quelque sorte retrouver un droit de l'intégration : cela passe par un renforcement de l'intégration institutionnelle – le contrôle du respect des normes par la Cour et la Commission – et normative – la « rejuridicisation » des contraintes. Cette résurgence du droit de l'intégration n'implique pas cependant un véritable projet démocratique européen, puisque le renforcement des contraintes juridiques ne passe pas par une revalorisation du Parlement européen. À l'évidence, la perspective du fédéralisme politique ne fait plus partie du projet européen. Ces évolutions conduisent à imaginer de nouvelles solutions juridiques ; trois nouvelles formes d'intégration ont émergé. La pratique institutionnelle de l'Union européenne a donné naissance à une intégration consensuelle, à une intégration composite et à une intégration partielle ou divisible.

L'intégration consensuelle repose sur le développement de la conditionnalité. Lorsque la Commission pose certaines exigences pour la validation des aides d'État ou lorsqu'elle exige certaines réformes structurelles pour admettre des déficits publics nationaux, elle est conduite à s'immiscer dans des compétences qui sont en principe nationales. Dans le domaine des aides d'État, la Commission conditionne parfois une décision d'autorisation d'aide à certains choix de politique économique. Par exemple, l'aide à une entreprise publique en difficulté peut être conditionnée à des exigences de privatisation. Dans le cadre du Pacte de stabilité et de croissance, la procédure de déficits publics a conduit la Commission, par ses recommandations, à se prononcer sur des questions qui relèvent de compétences économiques qui n'ont pas été transférées à l'Union. La recommandation adressée à la France en mai 2013 évoque, par exemple, une réforme des retraites, le coût du travail, la libéralisation des services, la compétitivité des entreprises et la simplification de la fiscalité (39). Les compétences de l'Union sont là implicitement élargies, mais l'exercice de cette compétence passe par une forme de contractualisation de l'intégration. De nombreux mécanismes de soutiens financiers sont subordonnés à l'acceptation d'un programme économique strictement défini (40). Par exemple, dans le cadre de l'ancien Mécanisme européen de stabilité financière (MESF) (41), remplacé en 2013 par le Mécanisme européen de stabilité, l'assistance financière de l'Union,

(39) Commission européenne, recommandation de recommandation du Conseil pour qu'il soit mis fin à la situation de déficit public excessif en France, *SWD*(2013) 384 final, 29 mai 2013, *COM*(2013) 384 final.

(40) Règlement (CE) nº 332/2002 du Conseil du 18 février 2002 établissant un mécanisme de soutien financier à moyen terme des balances des paiements des États membres, *JO*, L 53 du 23 février 2002, p. 1.

(41) Règlement (UE) nº 407/2010 du Conseil du 11 mai 2010 établissant un mécanisme européen de stabilisation financière.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

gérée par la Commission, était soumise à des conditions de politique économique fixées dans un protocole d'accord. L'assistance financière de l'Union à l'Irlande et au Portugal a été subordonnée à des conditions de politique économique très strictes en termes de rémunération des fonctionnaires, de régime des retraites ou, encore, de salaire minimal (42). Cette conditionnalité économique permet à l'Union de poser des contraintes sans que la question de sa compétence soit posée. Ces exigences économiques passent formellement par une négociation qui permet de s'affranchir des règles de compétences du traité. Juridiquement, il n'y a pas d'obligation dès lors que l'État membre accepte ; c'est une forme d'intégration consensuelle, même si les contraintes financières rendent en pratique l'acceptation de l'État membre très théorique.

On peut évoquer une seconde forme d'intégration juridique nouvelle : l'intégration composite. L'intégration juridique européenne passe par un renforcement des contraintes à travers des instruments nationaux et internationaux. Sur le plan normatif, le renforcement de l'intégration juridique passe par une sollicitation plus forte du droit national des États membres, il suffit de songer à la règle d'or. L'intégration passe aussi par des instruments internationaux comme le montrent le traité MES et le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire. C'est dire combien la logique intergouvernementale garde toute sa place dans le renforcement de l'intégration juridique européenne.

Pour illustrer le renforcement de l'intégration composite, on peut aussi évoquer la spécificité de l'Union bancaire (43). À la différence du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance ou du traité instituant le Mécanisme européen de stabilité conclus sous la forme d'accords internationaux en dehors de l'Union européenne, l'Union bancaire s'insère directement dans son sein, apparaissant ainsi comme une voie médiane entre l'évitement de la méthode communautaire par la conclusion de traité international et l'utilisation des voies traditionnelles de celle-ci. L'Union bancaire, créée par la voie du droit dérivé sur la base de la procédure spéciale de l'article 127, paragraphe 6, peut ainsi constituer une formule d'avenir qui concilie le respect des procédures et principes du Traité sur laquelle elle se fonde et le besoin d'une adaptation des règles traditionnelles de mise en œuvre du droit européen. L'Union bancaire se caractérise par des particularités institutionnelles qui en font un dispositif juridique à part au sein des politiques européennes traditionnelles, comme l'illustre le contrôle démocratique opéré sur le fonctionnement de l'Union bancaire et, plus

(42) Décision d'exécution du Conseil du 7 décembre 2010 sur l'octroi d'une assistance financière de l'Union à l'Irlande (2011/77/UE) ; décision d'exécution du Conseil du 30 mai 2011 sur l'octroi d'une assistance financière de l'Union au Portugal (2011/344/UE).

(43) Sur ces nouvelles formes d'intégrations qui résultent de l'union bancaire, voy. F. Martucci, « Le "cadre" du colloque : du discours des institutions aux réalités institutionnelles », in F. Martucci (dir.), *L'« Union bancaire » : le « cadre », nouvelle « méthode » d'intégration dans l'Union européenne*, Colloque des 15 et 16 janvier 2015, Université Panthéon-Assas, Bruxelles, Bruylant (à paraître).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

particulièrement, sur la mission de supervision bancaire. L'article 21 du règlement MSU (44) prévoit ainsi l'association des parlements nationaux au contrôle de la supervision dans le cadre de l'Union bancaire. L'originalité réside ici dans le fait que l'association des parlements nationaux est prévue par un texte de droit dérivé dans le cadre de la méthode européenne traditionnelle. Or, dans ce cadre, cette association paraît génératrice de perturbations juridiques. Elle peut, en effet, se heurter à certains principes conservateurs de l'identité constitutionnelle de l'Union et notamment à l'équilibre institutionnel prévu par les traités. Elle revient à troubler le compromis initial trouvé entre les différentes légitimités dans l'Union. L'association des parlements nationaux semble indiquer que l'intervention du Conseil dans le contrôle de la supervision bancaire n'est pas suffisante pour permettre la défense des intérêts nationaux. Le contrôle des États membres est alors dédoublé, puisque deux types de contrôle se rattachent à la légitimité étatique : celui du Conseil (ou de l'Eurogroupe) et celui des parlements nationaux. L'association des parlements nationaux permet alors un contrôle direct et « pur » par les États participants que le Conseil ne permet qu'imparfaitement compte tenu de sa dynamique politique caractérisée par la recherche du consensus et des compromis. Mais cette solution peut affecter l'équilibre politique traditionnel en renforçant le poids politique des États membres participant à l'Union bancaire. Ceux-ci ne sont plus représentés, au niveau européen, que dans les seuls Conseil et Conseils européens ; leur participation passe aussi par l'association directe de leur parlement au contrôle démocratique de l'Union bancaire. En outre, cette participation ne passe pas plus par le biais d'une institution européenne dont le fonctionnement tempère l'intérêt national par la nécessaire prise en compte des intérêts des autres États membres. S'il ne faut sans doute pas exagérer cette perturbation du système juridique européen compte tenu du caractère essentiellement informatif du contrôle démocratique, il n'en reste pas moins que le contrôle démocratique national se singularise et s'éloigne des solutions traditionnelles de la méthode communautaire ; ce constat apparaît d'autant plus spécifique que ce contrôle s'exerce dans le cadre de l'Union européenne elle-même, et non dans celui élaboré par un accord international conclu en dehors d'elle. À ce titre, l'Union bancaire préfigure peut-être une nouvelle voie de la construction européenne marquée, du point de vue institutionnel, par la consolidation de la représentation étatique en son sein.

Ce renforcement de la légitimité étatique est cependant plus ambigu qu'il n'y paraît ; il témoigne aussi, dans le même temps, d'une emprise croissante du droit de l'Union sur les solutions constitutionnelles nationales. Le règlement MSU, en associant directement les parlements nationaux au contrôle de l'Union bancaire, affecte les relations entre pouvoirs constitutionnels nationaux. Une telle solution montre que le droit dérivé de l'Union peut, si le consensus politique existe, régir les règles nationales organisant la

(44) Règlement nº 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, *J.O.U.E.*, L 287 du 29 octobre 2013, p. 63.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

participation des États membres à l'Union européenne. Cela conduit à un paradoxe : le renforcement du contrôle national sur l'Union bancaire peut aussi être compris comme une marque d'intégration ; les nouvelles formes d'intégration passeraient ainsi par l'intégration des moyens de résistance à l'intégration.

B. – La nouvelle conception du droit de l'intégration

L'intégration n'est plus conçue comme étant une et indivisible. Les coopérations renforcées, et plus généralement les formules de différenciation, sont moins perçues comme un compromis portant atteinte à l'intégration qu'un moyen de la renforcer. L'article 20, paragraphe 2, TUE précise que le Conseil ne peut autoriser une coopération renforcée qu'« en dernier ressort, lorsqu'il établit que les objectifs recherchés par cette coopération ne peuvent être atteints dans un délai raisonnable par l'Union dans son ensemble ». Pour la Cour, « cette condition revêt une importance particulière et doit être lue à la lumière de l'article 20, paragraphe 1er, TUE, selon lequel les coopérations renforcées visent à favoriser la réalisation des objectifs de l'Union, à préserver ses intérêts et à renforcer son processus d'intégration » (45). Il est clair, en effet, qu'il serait porté atteinte au processus d'intégration si tout échec des négociations pouvait conduire à une coopération renforcée, empêchant par là même la recherche d'un accord politique permettant d'adopter une réglementation applicable à l'ensemble de l'Union (46). Plus encore, la Cour admet que la coopération renforcée est un moyen de contourner l'exigence d'unanimité. L'enjeu n'étant rien de moins que l'unité et l'uniformité du droit de l'Union, le contrôle du juge sur la réalité de l'impossibilité d'adopter un acte devient d'autant plus central. Or, en dépit de l'importance de cette exigence, la Cour a souhaité se limiter à un contrôle minimal du respect de cette condition estimant que le Conseil était le mieux placé pour apprécier si les États membres faisaient preuve d'une volonté de compromis. La Cour ne renonce pas à l'importance de la notion d'intégration, mais elle adopte une conception assouplie de ce concept qu'elle laisse à l'appréciation de l'institution représentative de la légitimité étatique.

En dépit de ces évolutions profondes, la construction européenne n'a pas à être iconoclaste ; le droit de l'Union se redéfinit à mesure que l'Union européenne se réinvente. Si le projet politique européen, contrairement à l'ambition des pères fondateurs, ne peut plus être considéré comme l'objectif ultime et autonome de la construction européenne, il fait néanmoins déjà partie de l'identité de l'Union européenne. Ce qui est notable, c'est que cette politisation a drainé avec elle un retour des États membres dans le jeu institutionnel européen. La notion d'intégration reste au cœur du projet européen, mais elle n'est plus une et indivisible. Affaiblie quand elle s'applique

(45) C.J.U.E., 16 avril 2013, *Espagne et Italie c. Conseil*, aff. jtes C-274/11 et C-295/11, pt 48.

(46) C.J.U.E., 16 avril 2013, *Espagne et Italie c. Conseil*, aff. jtes C-274/11 et C-295/11, pt 49.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

aux relations « internes » à l'Union, c'est-à-dire entre l'Union et ses États membres, elle semble réaffirmée avec une vigueur renouvelée dans les relations extérieures de l'Union européenne. Ainsi, dans l'avis 2/13 (47), la Cour affirme avec force l'autonomie de l'Union européenne qui justifie toute la singularité du droit de l'Union : toutes ces spécificités s'insèrent « dans le cadre d'un système propre à l'Union, [et] sont structurées de manière à contribuer, chacune dans son domaine spécifique et avec ses caractéristiques particulières, à la réalisation du processus d'intégration qui est la raison d'être de l'Union elle-même » (48). La notion d'intégration semble désormais duale ; si la conception traditionnelle du droit de l'Union comme droit de l'intégration est réaffirmée avec force quand il s'agit de défendre l'autonomie de l'Union au regard des autres systèmes juridiques du droit international (49), elle est, en revanche, nuancée, assouplie, quand elle est appliquée au sein des relations entre l'Union et ses États membres.

La nouvelle approche du droit de l'intégration confirme l'évolutionnisme inhérent à ce droit et le triomphe de l'existentialisme sur l'esprit de système. L'apport fondamental de l'analyse existentielle a peut-être été de montrer « que, dans le cadre, juridique les principes les plus sacrés, les notions les plus respectées, ne sont que les produits changeants de l'esprit humain et de l'histoire » (50). La nouvelle approche du droit de l'intégration passe par un rééquilibrage entre les légitimités étatique et intégrative qui ne semble pas affecter la place laissée à la légitimité démocratique dans l'Union. Cela s'explique sans doute par le fait que les exigences démocratiques restent fondamentalement arrimées au niveau national et que cela contribue à cette revalorisation de la légitimité étatique dans les textes et sans doute aussi dans l'esprit des juges. Si le droit de l'Union reste un droit de l'intégration, cette nouvelle intégration assume la place décisive qui doit être celle de la légitimité étatique, quand bien même le projet initial des pères fondateurs consistait davantage à la dissoudre dans une légitimité plus intégrative. Cela confirme sans doute encore que l'« on rencontre sa destinée/ Souvent par des chemins qu'on prend pour l'éviter » (51).

(47) C.J.U.E., avis, 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/13.

(48) C.J.U.E., avis, 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/13, pt 172.

(49) Voy., p. ex., C.J.U.E., 3 septembre 2008, *Kadi I*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P.

(50) B. Chenot, « L'Existentialisme et le Droit », *op. cit.*, p. 68.

(51) La Fontaine, « L'Horoscope », *Fables*, VIII, l6.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
« La nouvelle approche du droit de l'intégration »
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

LE JUGE ET LES MOTIFS COUVERTS PAR LE SECRET : UN NOUVEAU CHALLENGE POUR LA COUR DE JUSTICE ?

Jean-Claude BONICHOT

Juge à la Cour de justice de l'Union européenne

L'évolution du droit de l'Union, qui n'est que le reflet du développement de l'Union européenne elle-même, fait apparaître des questions nouvelles pour la Cour de justice. Au nombre de celles-ci figure celle de savoir comment exercer le contrôle juridictionnel d'actes dont les motifs reposent, en tout ou en partie, sur des éléments couverts par un secret protégé par la loi. Elle est apparue en pleine lumière dans les années récentes avec les recours dirigés contre les mesures restrictives, comme celles de gel de fonds, prises aux fins de lutter contre le terrorisme dans le cadre de la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Nombre d'entre elles ont été annulées par le Tribunal au motif que le Conseil et la Commission peinaient à établir correctement devant le juge leur bien-fondé, non seulement parce que les institutions n'avaient pas en main tous les éléments nécessaires, mais aussi parce que, même si elles en disposaient, elles ne pouvaient les communiquer dès lors qu'ils étaient couverts par le secret pour des raisons touchant à la sécurité de l'Union ou de ses États membres.

La question est un classique du droit et du contentieux administratifs des États membres et de la France en particulier. Pratiquement tous les droits nationaux prévoient la possibilité pour l'administration de refuser la communication de documents qui pourraient porter atteinte à la sûreté de l'État ou à la défense nationale, aussi bien que de lever le secret. En règle générale, le secret est opposable au juge. Certains droits prévoient toutefois la vérification par le juge *in camera*, c'est-à-dire hors les parties, du bien-fondé du refus d'accès. Il en va ainsi en Allemagne, en Espagne et en Grèce. Les conséquences à tirer de cet examen peuvent être différentes : en Allemagne, le document auquel le refus d'accès est reconnu fondé ne peut être pris en compte pour rendre le jugement sur le fond ; en Grèce seulement, semble-t-il, le juge peut se fonder dessus et déroger au caractère contradictoire de la procédure. Partout ailleurs, il semble que, comme en France, il ne soit pas possible pour un juge de se fonder sur des éléments qui n'auraient pas été discutés par les parties et dont lui seul et l'autre partie auraient eu connaissance. On ne saurait mieux dire l'importance de ce principe que ne l'a fait le président Odent : « Toute procédure juridictionnelle est fondamentalement contradictoire ; toute décision contentieuse est

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le juge et les motifs couverts par le secret : un nouveau challenge pour la Cour de justice ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

précédée d'une instruction qui doit être contradictoire. De toutes les règles de procédure, celle qui impose le caractère contradictoire de la discussion préalable est la plus vénérable et la plus générale » ; c'est une règle, dit-il, « en dehors de laquelle il ne peut être de bonne justice » (1). Elle implique nécessairement que les parties aient pu prendre connaissance et discuter tous les éléments soumis au juge et que celui-ci ne puisse légalement juger sur le vu d'éléments dont il aurait seul eu connaissance. Il n'en va autrement – et nécessairement – que lorsque l'objet même du litige est de savoir si un document doit ou non être communiqué (2) ou lorsqu'un recours est formé contre un acte qui est légalement dispensé de publication (3).

C'est sur ces bases que le droit administratif français a résolu de longue date la question du contrôle des actes dont certains motifs sont couverts par le secret de la défense nationale (4). La solution résulte de la décision d'assemblée du Secrétaire d'État à la guerre contre sieur Coulon, du 11 mars 1955 (5). Saisi d'un appel contre un jugement qui avait ordonné la communication d'éléments que l'administration soutenait être couverts par le secret de la défense nationale afin de pouvoir, en chambre du conseil, vérifier le bien-fondé de cette position, le Conseil d'État a jugé : 1° qu'il n'appartient pas au juge de discuter un refus de déférer à une injonction d'instruction fondé sur un tel secret, 2° qu'il doit statuer au vu des seules pièces du dossier, 3° qu'il peut toutefois, s'il estime que c'est indispensable pour former sa conviction, « convier l'autorité responsable à lui fournir, à cet égard, toutes indications susceptibles de lui permettre, sans porter aucune atteinte, directe ou indirecte, aux secrets garantis par la loi, de se prononcer en toute connaissance de cause ; qu'il lui appartient, dans le cas où un refus serait opposé à une telle demande, de joindre cet élément de décision, en vue du jugement à rendre, à l'ensemble des données fournies par le dossier ». Le juge doit donc exiger de l'administration qu'elle aille le plus loin possible dans ce qu'elle peut dire, mais, en aucun cas, il ne pourrait décider sur la base d'éléments qui n'auraient pas été mis à la disposition de l'une ou l'autre partie. Cette jurisprudence a été solennellement confirmée dans un arrêt *Cajarville* (6), affaire dans laquelle le ministre soutenait qu'il n'avait aucune explication à donner, car la loi prévoyait qu'un refus de naturalisation n'avait pas à être motivé et que, de toute façon, la sûreté de l'État s'opposait à toute communication des motifs, puis, dans l'arrêt d'assemblée *Moon*, à propos de l'accès et de la rectification des données enregistrées

(1) *Contentieux administratif*, Les cours de droit, dernière éd., pp. 919 et 920.
(2) C.E., Sect., 23 décembre 1988, *Banque de France c. Huberschwiller*, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, n° 52, p. 1015 avec les références.
(3) C.E., 31 juillet 2009, *Association AIDES*, *AJDA*, 2009-1517.
(4) Voy., sur l'ensemble du sujet, M. Guillaume, « Secret de la défense nationale et État de droit. L'État de droit », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 365.
(5) *Rec. C.E.*, p. 149, *AJDA*, 1955-181, obs. Long, *D.*, 1055-55, note de Soto et Leaute, *RDP*, 1955-995, concl. F. Grevisse.
(6) C.E., 9 octobre 1985, n° 36871, *Rec. C.E.*, p. 219.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le juge et les motifs couverts par le secret : un nouveau challenge pour la Cour de justice ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dans le système d'information Schengen (7), alors même que le commissaire du gouvernement, M^me^ Maugüé, proposait que le juge administratif se reconnaisse des pouvoirs plus étendus.

La création, à la suite du rapport public du Conseil d'État de 1995 (8), de la Commission consultative du secret de la défense nationale par la loi du 8 juillet 1998 (9) ne rend pas cette jurisprudence caduque. En effet, l'administration n'est pas obligée de suivre l'avis favorable à la levée du secret donné par la Commission. Toutefois, cet avis doit être communiqué à la juridiction qui a demandé la levée du secret en même temps que la décision de l'autorité compétente de ne pas l'accorder ou de ne l'accorder que partiellement.

Il y a belle lurette que la Cour de justice a reconnu que le droit à un contrôle juridictionnel effectif faisait partie des principes généraux du droit communautaire dans son arrêt *Marguerite Johnston*, du 15 mai 1986 (10). Ce principe « qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres » implique qu'un recours effectif soit possible et que le contrôle exercé par le juge sur les motifs d'une décision puisse être réellement exercé. Dans son arrêt *Unectef/Heylens* (11), rendu un peu plus d'un an plus tard, la Cour a jugé que les intéressés devaient obtenir les motifs de toute décision nationale qui portait atteinte à un droit découlant du droit communautaire, soit que l'acte soit lui-même motivé, soit que les raisons en soient données sur la demande faite à l'administration, et que le juge pouvait enjoindre à l'autorité compétente de communiquer les motifs. Cela permet non seulement l'exercice effectif du contrôle juridictionnel, mais aussi à l'éventuel requérant de décider en toute connaissance de cause de porter ou non l'affaire devant le juge. Cette jurisprudence n'est pas sans rappeler l'arrêt *Barel* (12), ni les arrêts par lesquels le Conseil d'État avait admis qu'un requérant puisse demander en référé la communication de documents de nature à lui permettre d'exercer en toute connaissance de cause un recours au fond, ce qui contribue à l'effectivité de la protection juridictionnelle (13).

En revanche, ce n'est que récemment que la Cour de justice a été confrontée à l'opposition par les autorités publiques du secret tenant à la sûreté ou à la sécurité publiques à propos des mesures restrictives prises dans le

(7) C.E., Ass., 6 novembre 2002, *Moon Sun Myung*, *Rec. C.E.*, p. 380, *AJDA*, 2002-1337, chron. F. Donnat et D. Casas, *Dr. adm.*, 2003, n° 43, obs. CM, *RDP*, 2003, obs. C. Guettier.

(8) « La transparence et le secret », *Considérations générales du Rapport public 1995*, Études et Documents du Conseil d'État, n° 47, Paris, La Documentation française, 1996.

(9) Art. L 2312-1 à 8 du Code de la défense.

(10) Aff. C-222/84. Voy. une réaffirmation détaillée du principe dans l'arrêt *Unibet*, du 13 mars 2007, C-432/05, et le commentaire qui en est fait in A. Tizzano, *I « Grands arrêts » della giurisprudenza dell'Unione Europea*, Torino, G. Giappichelli Ed., 2012, n° 41, p. 209.

(11) C.J.C.E., 15 octobre 1987, 222/86, *RJES*, 1988, n° 5, p. 1, note J.-C. Bonichot.

(12) C.E., Ass., 28 mai 1954, *Rec. CE*, concl. Letourneur, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^e^ éd., 2013, n° 68, p. 459.

(13) C.E., 26 octobre 1982, *Aboudou Mzé*, *Rec. CE*, 137, *AJDA*, 1982-375, chron. Tiberghien et Lasserre, *Rev. adm.*, 1983-279, note Pacteau.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le juge et les motifs couverts par le secret : un nouveau challenge pour la Cour de justice ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

cadre de la PESC (14). Elle a abordé une première fois la question dans son arrêt *Kadi I* rendu le 3 septembre 2008 (15). Dans cette affaire, qui a immédiatement connu la célébrité, était en cause une décision de « gel de fonds » prise en exécution d'une décision du Conseil de sécurité de l'ONU. La Cour a jugé que, bien que l'inscription sur la liste des personnes dont les avoirs devaient être gelés ait été décidée par le comité des sanctions du Conseil de sécurité, le juge de l'Union devait assurer un contrôle « en principe complet » de la légalité des actes communautaires adoptés pour donner effet dans l'Union aux décisions du Conseil de sécurité. S'agissant des modalités de contrôle du juge communautaire, elle a décidé d'un contrôle normal des motifs et jugé que ceux-ci devaient être communiqués à l'intéressé soit au moment même de la prise de décision, soit aussi rapidement que possible après. Elle a également reconnu que tant les institutions que les États membres pouvaient s'opposer à la communication de certains éléments à la base de la décision contestée. Mais elle a ajouté que les considérations de sécurité nationale ne s'opposaient pas à un contrôle juridictionnel et qu'il incombait au juge « de mettre en œuvre, dans le cadre du contrôle juridictionnel qu'il exerce, des techniques permettant de concilier, d'une part, les soucis légitimes de sécurité quant à la nature et aux sources de renseignements ayant été pris en considération pour l'adoption de l'acte concerné et, d'autre part, la nécessité d'accorder à suffisance de droit au justiciable le bénéfice des règles de procédure ».

C'est par son arrêt rendu dans l'affaire *ZZ c. Secretary of State for the Home Department*, le 4 juin 2013 (16), que la Cour a été amenée à préciser en quoi consistent ces « techniques ». Elle était saisie d'une question préjudicielle posée par la Court of Appeal du Royaume-Uni, elle-même saisie d'un litige sur un refus de séjour opposé à un ressortissant français et algérien pour des raisons de sécurité publique, l'intéressé étant regardé par les autorités nationales comme lié à des organisations terroristes. La Court of Appeal s'interrogeait sur le régime juridique britannique très sophistiqué de contrôle des décisions reposant sur des éléments couverts par le secret et qui fait appel au mécanisme des « avocats spéciaux ». Elle demandait à la Cour de justice si, en toute hypothèse, la « substance des motifs » du refus de séjour devait être donnée au requérant. En gros, le système, très ingénieux, est le suivant : les recours sont portés devant une juridiction spéciale, la Special Immigration Appeals Commission (SIAC) ; afin de préserver le secret garanti par la loi est désigné un « avocat spécial » chargé de représenter le requérant qui est, comme ses représentants légaux, exclu de la procédure devant la Commission ; les éléments couverts par le secret sont communiqués seulement à l'avocat spécial et à la Commission ; une fois cette

(14) Voy. J.-Cl. Bonichot, « La Cour de justice des Communautés européennes et la lutte contre le terrorisme : entre le marteau et l'enclume ? », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Paris, Dalloz, 2009, p. 3.

(15) Aff. C-402/05 P et 415/05 P. Voy. le commentaire in A. Tizzano, *I « Grands arrêts » della giurisprudenza dell'Unione Europea*, Torino, G. Giappichelli Ed., 2012, n° 43, p. 222.

(16) Aff. C-300/11.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le juge et les motifs couverts par le secret : un nouveau challenge pour la Cour de justice ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

communication faite, l'avocat spécial ne peut plus communiquer avec le requérant sauf autorisation de la Commission, mais le requérant peut le faire par écrit et par l'intermédiaire de son avocat ; il appartient à la SIAC d'apprécier si les éléments que l'administration estime couverts par le secret le sont à bon droit ; si elle estime que ce n'est pas le cas, elle propose à l'administration de notifier au requérant un résumé des éléments confidentiels, mais l'administration n'est pas obligée de s'exécuter ; dans ce cas, la Commission peut ordonner que ces éléments ne soient pas pris en compte. La décision de la SIAC peut se traduire par un double jugement : l'un « public » ; l'autre « confidentiel » qui n'est notifié qu'à l'administration et à l'avocat spécial.

Le raisonnement de la Cour explique en détail la marche à suivre et s'écarte sur des points fondamentaux de ce qui paraît être le droit et la pratique dans la plupart des États membres. Elle rappelle, certes, que le droit à un recours juridictionnel effectif implique le principe du contradictoire et qu'il en résulte que le juge ne peut se fonder sur des éléments dont les parties n'ont pas eu connaissance et que, donc, elles n'ont pas pu discuter. Mais elle considère qu'il peut en aller autrement dans le cas où est invoquée la sûreté de l'État. Les principes qu'elle pose pour ce cas de figure tiennent en deux propositions : 1° il appartient au juge d'apprécier si le secret est opposé à bon droit ; 2° il lui appartient de faire le tri des éléments invoqués par l'administration. Il en résulte donc, contrairement à la pratique largement dominante, que le juge de l'Union doit avoir accès aux éléments couverts par le secret. Les États membres doivent « prévoir des règles » permettant aux juges nationaux « de prendre connaissance tant de l'ensemble des motifs que des éléments de preuve y afférents » qui fondent la décision contestée et d'exercer un contrôle « de l'existence et du bien-fondé des raisons invoquées par l'autorité nationale compétente au regard de la sûreté de l'État ». Le juge national « doit apprécier, conformément aux règles de procédure nationales, si la sûreté de l'État s'oppose à une telle communication ». Si celui-ci considère que le secret est invoqué à tort, il donne la possibilité à l'administration de communiquer les éléments contestés et, si elle refuse il doit juger sur la seule base des éléments du dossier. Si, à l'inverse, il estime le refus fondé, il doit « garantir, dans la mesure la plus large possible, le respect du principe du contradictoire » et faire en sorte qu'en tout état de cause, « la substance des motifs » soit communiquée. En revanche, la « pondération du droit à une protection juridictionnelle effective avec la nécessité d'assurer la protection de la sûreté de l'État membre concerné » implique qu'il n'en aille pas de même pour les « éléments de preuve » : ceux-ci doivent certes être fournis au juge, mais ils n'ont pas à être communiqués. Le juge doit tenir compte de cet aspect pour former sa conviction : en effet, il a alors en main des éléments de preuve qui, par définition, ne sont pas susceptibles d'être discutés et auxquels, selon leur nature, il ne peut attacher la même valeur probante. Si les motifs de l'arrêt *ZZ* sont très développés, son dispositif est bien plus ramassé : la directive interprétée à la lumière du droit à la protection juridictionnelle consacré par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux implique que le juge national veille à ce

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le juge et les motifs couverts par le secret : un nouveau challenge pour la Cour de justice ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

que l'absence de divulgation des motifs « précis et complets » sur lesquels est fondée une décision de refus de séjour prise pour des raisons de sécurité publique, ainsi que des preuves, « soit limitée au strict nécessaire » et à ce que soit communiquée à l'intéressé, « en tout état de cause, la substance desdits motifs d'une manière qui tienne dûment compte de la confidentialité nécessaire des éléments de preuve ». La question est ainsi posée de la marge dont vont disposer les juridictions nationales pour mettre en œuvre ces directives (17).

Quelques mois après l'arrêt *ZZ*, la Cour de justice en a appliqué la solution au contrôle juridictionnel des mesures de gel de fonds prises par les autorités communautaires : c'est l'arrêt *Kadi II*, du 18 juillet 2013. Comme on l'a dit plus haut, l'Union met en œuvre les décisions prises par le Comité des sanctions de l'ONU qui, lui-même, agit sur l'initiative des États membres. Comme on l'a dit aussi, les termes de la Charte des Nations unies n'ont pas arrêté la Cour qui a considéré qu'elle devait exercer pleinement son contrôle sur les mesures communautaires de mise en œuvre, pour ce qui est de l'Union, de l'inscription sur les « listes noires » (18). Toutefois, cette mise en œuvre et le contrôle juridictionnel qui s'ensuit sont compliqués par la chaîne de décision : le Comité des sanctions agit sur initiative d'un État qui ne lui fournit pas forcément l'ensemble des éléments de preuve, mais seulement un « exposé des motifs » ; à la suite des améliorations apportées au dispositif (19), le Comité fait parvenir à la personne intéressée un « résumé des motifs » ; l'exposé des motifs est transmis aux autorités de l'Union à l'exclusion, en pratique, d'autres éléments. La Cour considère, dans la ligne de l'arrêt *Kadi I*, que tant pour une première inscription que pour son renouvellement cet « exposé des motifs » doit être communiqué à l'intéressé. Lorsqu'il s'agit d'une première inscription, cette communication peut avoir lieu en même temps ou le plus rapidement possible après ; dans le cas d'un maintien sur la liste, elle doit être préalable.

S'agissant des modalités du contrôle juridictionnel, la Cour décide, contrairement à ce que lui proposait son avocat général, M. Bot, qui estimait que les modifications apportées à la procédure onusienne donnaient maintenant assez de garanties pour faire présumer du bien-fondé de l'inscription, qu'il appartient au juge de l'Union d'en assurer pleinement le contrôle. De cette décision de principe résulte la nécessité de traiter la question du secret devant le juge communautaire, à cette différence près avec le contexte de l'arrêt *ZZ*, qui n'est pas mince, que les éléments pertinents sont détenus par l'État qui est à l'origine de l'inscription, souvent un État tiers et, sans doute dans une moindre mesure, par le Comité des sanctions. Selon la

(17) Voy. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabere, chron., *AJDA*, 2013, p. 1684.

(18) Sur la question d'ensemble des rapports du droit de l'Union et du droit international public, J. Malenovski, « La contribution ambivalente de la Cour de justice de l'Union européenne à la saga centenaire de la domestication du droit international public », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de P. Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 25.

(19) Voy. les remarquables concl. de l'Av. gén. Bot, pts 81 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le juge et les motifs couverts par le secret : un nouveau challenge pour la Cour de justice ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Cour, il appartient aux autorités de l'Union, dans le cadre de la coopération avec l'ONU, d'ailleurs prévue à l'article 220 du TFUE, de demander la transmission de toutes informations ou de tous éléments de preuve utiles, confidentiels ou non ». Comme il est prévu dans l'arrêt *ZZ*, dont l'arrêt *Kadi II* est le décalque, les institutions doivent communiquer ces mêmes éléments au juge de l'Union, pas forcément dans leur totalité, mais dans une mesure qui suffise à étayer le bien-fondé de l'inscription. Pour le reste, la marche à suivre est celle décrite dans l'arrêt *ZZ*. Il est intéressant de noter que la Cour prend le soin de préciser que, compte tenu du caractère préventif des mesures restrictives, il suffit que l'un des motifs soit de nature à justifier l'inscription pour que celle-ci soit regardée comme fondée, même si les autres ne le sont pas. On a là une solution identique à celle adoptée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Ministre de l'Économie et des Finances c. Dame Perrot*, du 12 janvier 1968, dans le cas de pluralité de motifs (20).

Tout va-t-il dès lors pour le mieux dans le meilleur des mondes judiciaires ? Ce n'est pas certain. On ne peut certes que se féliciter que la Cour n'ait pas abdiqué sa compétence et sa fonction d'assurer le respect du droit dans l'Union européenne. La réaffirmation forte que l'Union est une Union de droit est bienvenue. C'est dans les périodes agitées et inquiétantes, comme celle dans laquelle nous vivons, où l'aspiration à la sécurité paraît prendre le pas sur toute autre considération, que les juges doivent tenir bon et placer les bornes de l'action publique de telle manière que l'État de droit n'aille pas jusqu'à sa propre négation. Dans l'Union aussi, le pouvoir politique, comme le disait Duguit, n'est légitime que par la manière dont il s'exerce. Au demeurant, les arrêts *ZZ* et *Kadi* se situent dans la ligne des arrêts récents par lesquels la Cour de justice a entendu tracer les limites des atteintes qui peuvent être portées aux droits des particuliers, tant par les pouvoirs publics communautaires, avec l'arrêt *Digital Rights* (21), que par des entreprises privées, avec l'arrêt *Google Spain* (22). Le traitement par la Cour de justice de la question du secret touchant à la défense et, plus généralement, à la sécurité de l'Union et de ses États membres n'est toutefois pas sans susciter quelques interrogations pour ce qui est de sa mise en œuvre tant dans les États membres que sur le plan communautaire.

En premier lieu, la possibilité ou même le devoir fait aux juges de se faire communiquer des éléments couverts par le secret, comme de former leur conviction à partir de ceux-ci sans les mettre à la disposition du requérant pour discussion, peuvent se heurter à des obstacles d'ordre constitutionnel. De ce point de vue, l'idée même qu'un juge puisse juger une cause sur

(20) C.E., Ass., 12 janvier 1968, *Rec. CE*, 39, *AJDA*, 1969-179, concl. J. Kahn ; voy. aussi C.E., Sect., 6 février 2004, *Hallal*, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, n° 67, p. 1219.

(21) C.J.U.E. 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd. et Kärtner Landesregierung*, aff. jtes C-293/12 et 594/12.

(22) C.J.U.E., 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inconstructible c. Agencia Española de protección de Datos*, aff. C-131/12, *AJDA*, 2014-1147, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabere.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le juge et les motifs couverts par le secret : un nouveau challenge pour la Cour de justice ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

la base d'éléments que lui seul ou lui et une seule des parties connaîtraient paraît au juriste français heurter de front la loyauté du débat judiciaire. « Le contradictoire, dit le professeur Pacteau (23), c'est l'association des parties au procès, le droit du plaideur d'y être présent et actif et même acteur ; c'est la garantie de participer pleinement au débat judiciaire. Il y a là, en vérité, une exigence élémentaire d'efficacité autant que d'équité. » Le Conseil constitutionnel fait découler le principe du caractère contradictoire de la procédure des droits de la défense (24). Il est vrai qu'il n'a pas eu, à notre connaissance, à prendre position sur le point de savoir si, dans certaines circonstances, il autoriserait le juge à statuer sur la base d'éléments dont les parties n'auraient pas eu pleine connaissance. En revanche, la jurisprudence du Conseil d'État issue de l'arrêt *Coulon* ne se justifie et ne s'explique que par l'idée que le juge ne peut pas le faire. Elle se situe d'ailleurs dans la ligne d'une jurisprudence bien établie sur ce point (25). Il y aurait donc là un pas à sauter qui n'est pas de petite importance. Peut-être la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a validé le système britannique de l'avocat spécial pourrait-elle y aider (26) ? Mais alors se poserait la question de savoir si le système national autorise le juge à ordonner la communication d'éléments couverts par le secret, notamment, de la défense nationale, ce qui n'est pas le cas, tout au moins en France, aujourd'hui. Des voix autorisées affirment clairement que « le juge ne doit pas pouvoir accéder au contenu du secret » (27). Par ailleurs, on n'a pas manqué de faire observer qu'un système tel que celui du Royaume-Uni peut fonctionner, car il repose sur une juridiction unique dont les membres ont une habilitation au secret-défense, ce qui est difficilement envisageable dans le cas de systèmes autrement organisés, comme en France où on imagine mal que l'ensemble des juges administratifs qui peuvent potentiellement connaître d'affaires de ce type dispose d'une telle habilitation (28). Il faudrait assigner les affaires qui posent un problème de secret à une formation d'une juridiction déterminée ou d'un nombre restreint de juridictions aux membres desquelles il faudrait donner l'habilitation. C'est d'ailleurs dans cette voie que s'engage la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement (29). Ce texte modifie notamment

(23) *Traité de contentieux administratif*, 1re éd., Paris, PUF, 2008, p. 296.

(24) Not. décisions 84/184 DC, 29 décembre 1984, *Rec.*, 94 ; 89/268 DC, 29 décembre 1989, *Rec.*, 110 ; 2006/535 DC, 30 mars 2006, *Rec.*, 50 ; et sur le principe du procès équitable : 2006/540 DC, 27 juillet 2006, *Rec.*, 88.

(25) La jurisprudence de la Cour de cassation est dans le même sens : Crim., 6 janvier 2010, no 09-84.503.

(26) Cour eur. D.H., *A. c. Royaume-Uni*, 19 février 2009 ; *Othman c. Royaume-Uni*, 17 janvier 2012. De manière plus générale, la Cour, qui a aussi affirmé son caractère essentiel et son contenu dans les mêmes termes que les juridictions françaises (20 février 1996, *Lobo-Machado c. Portugal* et *Vermeulen c. Belgique*, *Rec.*, 1996-V, p. 1567 ; 18 février 1998, *Niderhörst-Huber c. Suisse*, *Rec.*, 1997, p. 101), a admis qu'il ne soit pas pleinement respecté pour des raisons qui tiennent à la nécessité de conserver la confidentialité de certaines pièces à condition que les limitations ainsi apportées aux droits de la défense soient compensées par d'autres garanties de procédure : *Jasper c. Royaume-Uni*, 16 février 2000.

(27) M. Guillaume, art. préc., note 4, p. 382.

(28) Voy. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabere, chron. préc., note 17.

(29) *JORF*, 0171 du 26 juillet 2015, p. 12735.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le juge et les motifs couverts par le secret : un nouveau challenge pour la Cour de justice ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

le code de justice administrative (30) pour fixer les règles applicables au contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement. Il est prévu à cet égard que les affaires sont examinées par une formation de jugement spécialisée du Conseil d'État, compétent en premier et dernier ressort, dont les membres ainsi que le rapporteur public qui les assiste sont habilités ès qualités au secret de la défense nationale et sont autorisés à connaître de l'ensemble des pièces en possession de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, y compris celles protégées par le secret de la défense nationale. Dans le cadre de ce contentieux, les exigences du contradictoire seront par ailleurs adaptées à celles du secret de la défense nationale : les parties seront entendues séparément lorsque ce secret est en cause ; si la formation de jugement constate l'absence d'illégalité dans la mise en œuvre d'une technique de renseignement, sa décision indiquera simplement qu'aucune illégalité n'a été commise, sans confirmer ni infirmer qu'une technique de renseignement a été mise en œuvre ; si au contraire, la formation de jugement constate que la technique de renseignement a été mise en œuvre de manière illégale et l'annule, elle en informera le requérant mais sans faire état d'aucun élément protégé par le secret de la défense nationale. Par ailleurs, le projet de loi précise les règles applicables au contentieux de l'accès indirect à certains fichiers intéressant la sûreté de l'État, prévu à l'article 41 de la loi « Informatique et liberté » du 6 janvier 1978. Là encore, les exigences du contradictoire seront adaptées à la nature particulière des traitements concernés, selon un système à plusieurs « étages » qui prévoit ceci : pour certains traitements ou parties de traitements intéressant la sûreté de l'État, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, et sauf lorsqu'est en cause le secret de la défense nationale, la juridiction de jugement se fonde sur les éléments contenus, le cas échéant, dans le traitement, sans les révéler ni préciser si le requérant figure ou non dans le traitement. Toutefois, lorsqu'elle constate que le traitement ou la partie de traitement faisant l'objet du litige comporte des données personnelles le concernant qui sont inexactes, incomplètes, équivoques ou périmées, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite, elle peut en informer le requérant.

Sur le plan communautaire la question se pose en des termes différents. D'abord, il va de soi que, même en faisant appel à la déclaration, au demeurant unilatérale, de « coopération utile » avec les Nations unies, le Comité des sanctions transmettra aux autorités de l'Union ce qu'il veut ou même peut transmettre. Dans la pratique, le Tribunal de l'Union européenne, juge de droit commun de ces affaires, même s'il s'est vu assigner la tâche de procéder à un contrôle « en principe complet » des décisions de gel de fonds, ne pourra pas ne pas en tenir compte. En deuxième lieu, dans une juridiction internationale comme l'est la Cour de justice, le *modus operandi* décrit

(30) Nouveaux art. L. 311-4-1 et L.773-1 à L.773-8 (chapitre intitulé « Le contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'État »), validés par le Conseil constitutionnel (décision 2015-713 DC du 23 juillet 2015).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le juge et les motifs couverts par le secret : un nouveau challenge pour la Cour de justice ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

dans les arrêts *ZZ* et *Kadi II* doit être traduit dans des règles de procédure écrites, comme l'avait déjà fait observer l'avocat général E. Sharpston dans ses conclusions dans l'affaire *France c. People's Mojahedin Organization Iran* (31). C'est la raison pour laquelle le Tribunal a consacré au problème une disposition spéciale dans son nouveau règlement de procédure (32). L'article 105, consacré au « Traitement des renseignements ou pièces touchant à la sûreté de l'Union ou à celle d'un ou plusieurs de ses États membres ou à la conduite de leurs relations internationales » comprend neuf paragraphes qui reprennent en gros le schéma issu des arrêts *ZZ* et *Kadi II*. Si une partie entend fonder ses prétentions sur des renseignements ou pièces en indiquant que leur communication « porterait atteinte à la sûreté de l'Union ou de ses États membres ou à la conduite de leurs relations internationales », elle doit néanmoins les produire par acte séparé tout en en exposant les raisons. La même production peut être ordonnée par le Tribunal par une mesure d'instruction. Le Tribunal apprécie le caractère pertinent de la demande de confidentialité. S'il considère que les éléments en cause sont pertinents pour statuer sur le litige, mais ne présentent pas de caractère confidentiel, il prévient la partie concernée de son intention de les communiquer à l'autre partie. Si cette dernière s'oppose à une telle communication, ces renseignements ou pièces ne sont pas pris en considération pour le jugement de l'affaire et lui sont restitués. Si, en revanche, le Tribunal considère qu'ils sont pertinents pour statuer sur le litige et présentent un caractère confidentiel, il ne les communique pas et procède « à une mise en balance » des exigences liées au droit à une protection juridictionnelle et à la sécurité publique. Il adopte alors une ordonnance motivée précisant les modalités selon lesquelles ces exigences peuvent être conciliées, notamment en invitant la partie concernée à produire une version non confidentielle ou un résumé non confidentiel des renseignements ou pièces, comportant leur contenu essentiel en vue d'une transmission au requérant. Les éléments qui n'ont pas été, en raison de leur caractère confidentiel, communiqués à l'autre partie et qui sont indispensables pour statuer sur le litige peuvent être pris en considération par dérogation au caractère contradictoire de la procédure dans la limite de ce qui est strictement nécessaire, en tenant compte du fait que le requérant n'a pas pu les discuter. Les pièces et documents sont ensuite restitués aux autorités communautaires.

Reste un point capital qui est la sécurité des pièces et documents confidentiels eux-mêmes. Elle est une condition *sine qua non* du bon fonctionnement du système envisagé. En effet, les États à l'origine de l'inscription comme le Comité des sanctions ne seront pas enclins à transmettre des informations sensibles sans avoir de sérieuses garanties quant au maintien de leur confidentialité, tant de la part des pouvoirs publics de l'Union que de la Cour de justice. Telle est la raison pour laquelle le nouveau règlement de procédure prévoit la fixation par décision du Tribunal de « règles de sécurité

(31) C-27/09 P, pts 222 et s. des concl.
(32) *JO*, L 105 du 23 avril 2015, p. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le juge et les motifs couverts par le secret : un nouveau challenge pour la Cour de justice ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

aux fins de la protection des renseignements ou pièces produits », décision dont la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* conditionne l'entrée en vigueur de l'article 105 du règlement (33). Il va de soi qu'une telle disposition retiendra l'attention des États membres. Se posent, en effet, plusieurs questions : faut-il des règles harmonisées pour le Conseil, la Commission et la Cour de justice ? Qui doit les fixer ? Quel sera leur contenu ? Quelles classifications retenir ? À qui donner des habilitations ? Sur tous ces points, la discussion est en cours.

Confrontée à une question peut-être banale dans les États membres, mais nouvelle pour elle, la Cour de justice a, pas à pas, tenté de parvenir à définir un équilibre qui soit acceptable pour les États membres et praticable pour les institutions de l'Union. Comme le disait l'avocat général Yves Bot dans ses conclusions dans l'affaire *Kadi II*, la lutte contre le terrorisme « ne saurait amener les démocraties à abandonner ou à renier leurs principes fondateurs », mais elle « entraîne néanmoins à y apporter les modifications qu'appelle sa préservation ». Dans un article consacré, il y a quelques années, aux rapports entre la citoyenneté de l'Union et les droits fondamentaux (34) et écrit en l'honneur du regretté professeur Cohen-Jonathan, le dédicataire de ces lignes écrivait que « reprocher aujourd'hui à l'Union européenne son caractère purement mercantile voire son inhumanité » était une critique dépassée et que « le besoin de légitimation de l'Union comme de la Communauté, la nécessaire réduction du déficit démocratique, la volonté de rapprocher l'Europe de ses citoyens ont suscité depuis une dizaine d'années un grand nombre d'innovations allant toutes dans le sens de l'approfondissement d'une Communauté puis d'une Union de droit faisant de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit les bases et les valeurs de son devenir ». Nous attendons avec quelque impatience son jugement et celui de son inséparable coauteur, le professeur Louis Dubouis, sur les efforts de la Cour de justice pour rester fidèle à ces bases et à ces valeurs dans le monde si perturbé et instable dans lequel nous vivons aujourd'hui.

(33) Art. 227, § 3, du règlement de procédure

(34) Cl. Blumann, « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 265.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le juge et les motifs couverts par le secret : un nouveau challenge pour la Cour de justice ?
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

DU DROIT EUROPÉEN DE LA SANTÉ AU DROIT EUROPÉEN DES PATIENTS, LE *SPILL OVER* CONTINUE…

Nathalie DE GROVE-VALDEYRON

Maître de conférences, HDR, à l'Université Toulouse 1 Capitole
Chercheur à l'IRDEIC (1)

La santé publique, domaine marqué par une compétence régalienne, n'avait *a priori* pas vocation à être un jour « communautarisée ». Outre l'absence de toute compétence communautaire en la matière, les auteurs du Traité de Rome avaient établi, dès 1957, au profit des États, une réserve leur permettant de faire valoir des impératifs de santé publique à l'encontre des libertés de circulation, le cœur même du marché commun. Cette justification a vu son champ d'application évoluer au fil de la jurisprudence de la Cour au point d'admettre, dans les arrêts récents, l'intégration d'objectifs à finalité économique dans la dérogation de protection de la santé. La Cour a ainsi jugé que la protection de la santé implique « un approvisionnement sûr et de qualité des produits de santé (2) », « une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée de soins hospitaliers de qualité (3) » ou, encore, « le maintien d'une capacité de soins sur le territoire national (4) », différents objectifs dont la réalisation dépend de considérations économiques tenant, notamment, aux investissements réalisés ou au nombre d'infrastructures ... Cette « agrégation » de considérations économiques au motif de santé publique, remarquablement mise en évidence par Valérie Michel dans sa contribution sur « Le protectionnisme étatique licite (5) », témoigne d'un réalisme certain de la Cour dans l'appréhension de la justification des entraves. Ce « raisonnement par agrégation (6) » est, en effet, en adéquation avec les difficultés que rencontrent tous les États, dans un contexte de crise, pour contenir leurs dépenses de santé afin d'éviter, autant que faire se peut, « un gaspillage des ressources (7) » et « une

(1) Institut de recherche en droit européen international et comparé.

(2) C.J.C.E., 19 mai 2009, *Apotherkerkammer des Saarlandes*, aff. C-171/07 et C-172/07, *Rec.*, p. I-4171, pt 28, et C.J.C.E., 19 mai 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-531/06, *Rec.*, p. I-4103, pt 52.

(3) C.J.C.E., 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, *Rec.*, p. I-5473 ; C.J.C.E., 13 mai 2003, *Müller Fauré et Van Riet*, aff. C-385/99, *Rec.*, p. I-4509.

(4) C.J.C.E., 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07, *Rec.*, p. I-1721.

(5) « Le protectionnisme étatique licite au travers des exceptions au droit du marché intérieur », in S. Barbou des Places (dir.), *Protectionnisme et droit de l'Union européenne*, coll. Cahiers européens, Paris, Pedone, n° 6, 2014, pp. 65-99.

(6) Expression empruntée à V. Michel.

(7) C.J.U.E., 5 octobre 2010, *Commission c. France*, aff. C-89/09, *Rec.*, p. I-12941.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Du droit européen de la santé au droit européen des patients, le spill over continue
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

atteinte à l'équilibre financier de leurs systèmes de sécurité sociale (8) ». Si la Cour se montre donc ouverte et particulièrement sensible aux arguments invoqués devant elle pour justifier une entrave au nom de la protection de la santé publique (9), pour autant qu'ils ne soient pas de nature « purement économique » (10), c'est sans doute parce que son réalisme ne la laisse pas insensible aux difficultés budgétaires aiguës auxquelles sont confrontés la plupart des États dans le secteur de la santé.

Parallèlement, le champ d'action de l'Union dans le domaine de la santé s'est, au fil des années, considérablement élargi, que ce soit en utilisant le vecteur du marché intérieur (art. 114 du TFUE) ou la base juridique santé publique (art. 168 TFUE), révélant le dynamisme du droit européen de la santé alors même que la politique européenne de la santé semble presque insignifiante au regard du budget qui lui est alloué au niveau de l'Union.

C'est à ce dynamisme, qui caractérise cette politique et qui témoigne de l'évolutionnisme du droit de l'Union, que nous nous proposons de consacrer cette contribution en nous appuyant sur un domaine particulièrement révélateur du phénomène, celui du droit des patients.

En ayant recours aux mécanismes du marché intérieur, un certain nombre de droits ont pu être accordés aux patients souhaitant bénéficier de soins de santé transfrontaliers (I). Aujourd'hui, sans abandonner le recours à l'harmonisation chaque fois qu'elle est possible, c'est aussi en encourageant la coopération des États membres, notamment dans le domaine des technologies de l'information et des communications appliquées à la santé, que l'Union contribue à l'émergence de nouveaux droits au profit des patients, illustrant par là même l'adaptabilité et le dynamisme du droit européen de la santé (II).

I. – Le marché intérieur, un appui au développement d'un droit des patients

Si l'on envisage l'évolution qui a marqué le droit européen (11) de la santé, on constate que, dans un premier temps, la santé est apparue comme l'accessoire de l'intégration économique. La libre circulation des personnes (comme des marchandises) ne peut, en effet, se réaliser pleinement sans un minimum d'harmonisation des règles nationales protectrices de la santé. Ainsi, les règles du marché intérieur vont être très tôt mobilisées pour fonder l'adoption de normes communautaires poursuivant clairement des objectifs de santé publique avant même l'introduction d'une base juridique dans le traité. La dimension « communautaire » sanitaire et pharmaceutique

(8) C.J.C.E., 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, *Rec.*, p. I-1931, pt 41.

(9) E. Brosset, « La justification aux entraves aux libertés », in E. Brosset (dir.), *Droit européen et protection de la santé. Bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 101.

(10) Nous reprenons ici aussi la dichotomie mise en évidence par V. Michel.

(11) Pris au sens strict comme relevant du droit de l'Union européenne, les développements n'intégrant pas les apports du Conseil de l'Europe.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Du droit européen de la santé au droit européen des patients, le spill over continue
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

est bien réelle, comme l'atteste l'importante réglementation économico-sanitaire adoptée depuis 1965. S'agissant des patients plus particulièrement, c'est, au départ du moins, afin de faciliter le maintien des droits des travailleurs salariés (12) à une couverture sociale en cas de déplacement dans la Communauté qu'a été adopté le règlement (CEE) nº 1408/71 du 14 juin 1971 portant coordination des régimes de sécurité sociale, aujourd'hui abrogé par le règlement (CE) nº 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 (13). Ce règlement devait établir un cadre simplifié pour appuyer la mobilité des patients, or il s'est avéré, en réalité, très contraignant dans la mesure où les patients se voyaient fréquemment refuser, sans justification réellement fondée, l'autorisation requise pour bénéficier de la prise en charge des soins obtenus dans un autre État membre. Une remarquable construction juridique prétorienne, réalisée à partir de l'arrêt *Kohll* (14), a alors permis d'ouvrir une deuxième voie de remboursement au patient, en exploitant tout le potentiel du marché intérieur et en se fondant directement sur les règles relatives à la libre prestation de services (art. 49 TCE, devenu art. 56 du TFUE). La Cour de justice n'a pas hésité à assimiler les soins de santé à tout autre service, quel que soit le mode d'organisation des systèmes de soins (15).

Le risque de dérive libérale lié à l'érection du principe de libre prestation de services en majeure de tout raisonnement sur les soins médicaux (16) a cependant connu un frein dans le refus d'une codification de la jurisprudence dans la directive « services » du 12 décembre 2006 (17). Cette dualité de voie d'accès aux soins n'était, par ailleurs, pas satisfaisante au regard de la sécurité juridique et, après de nombreuses péripéties, le législateur « reprendra finalement la main sur le juge (18) » avec l'adoption de la directive 2011/24/UE du 9 mars 2011 relative aux droits des patients en matière de soins de santé (19).

---

(12) Par la suite, le règlement devait être étendu aux travailleurs indépendants, aux retraités, aux fonctionnaires et aux étudiants avant que le règlement 883/2004 ne généralise le champ d'application à tous les ressortissants des États membres couverts par un régime de sécurité sociale. Le règlement (UE) nº 1231/2010 du 1er janvier 2011 (*J.O.U.E.*, L 344 du 22 décembre 2010) étend l'application du règlement aux ressortissants d'États tiers résidant légalement sur le territoire de l'Union et se trouvant dans une situation transfrontalière.

(13) *J.O.C.E.*, L 166 du 30 avril 2004, p. 1. Le règlement nº 883/2004 a été complété par le règlement d'exécution 987/2009 du 16 septembre 2009, *J.O.C.E.*, L 284 du 30 octobre 2009.

(14) C.J.C.E., 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, *Rec.*, p. I-1931.

(15) C.J.C.E., *Smits et Peerbooms* ou, encore, C.J.C.E., 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, *Rec.*, p. I-4325 ; C.J.C.E., 19 avril 2007, *Stamatelaki c. NPDD*, aff. C-444/05, *RDSS*, 2007, nº 4, note J.-Ph. Lhernould, « La prise en charge de soins transfrontaliers dispensés dans un hôpital privé britannique ».

(16) M. Blanquet, « Les soins de santé en Europe : de la difficulté de codifier une jurisprudence libérale », in M. Blanquet et N. De Grove-Valdeyron (dir.), *Études de droit communautaire de la santé et du médicament*, Études de l'IRDEIC V, 2009, pp. 2013 et s.

(17) Le Parlement européen et le Conseil ont invité la Commission à élaborer une proposition spécifique compte tenu de la spécificité des soins.

(18) Voy. avant-propos de M. Blanquet et N. De Grove-Valdeyron, « L'Union européenne à l'heure des droits des patients », *R.A.E.*, 2011/3, p. 487, et M. Blanquet, « Les soins de santé en Europe : de la difficulté de codifier une jurisprudence libérale », *op. cit.*

(19) *J.O.U.E.*, L 88 du 4 avril 2011.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Du droit européen de la santé au droit européen des patients, le spill over continue
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Cette directive, largement commentée (20), apparaît comme révélatrice de la façon dont le législateur européen a habilement utilisé la base juridique marché intérieur pour garantir certains droits aux patients (A), tout en étant limité par la compétence qui lui est attribuée dans le domaine des soins de santé (B).

A. – Des droits du patient liés à la mobilité

En proposant, le 2 juillet 2008 (21), dans le cadre du Nouvel Agenda social une directive sur les droits des patients, accompagnée d'une communication (22) intitulée « Un cadre communautaire relatif à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers » du même jour, le législateur est animé par le désir d'établir *un cadre juridique clair et transparent pour la fourniture de soins de santé transfrontaliers*, tout en prenant le soin d'occulter l'image libérale d'une approche des soins sous l'angle de la prestation de services (23), même si celle-ci est bien présente. Comme le souligne la communication précitée, le soutien « communautaire » relève de la coopération, mais la première étape clé est la mise en place, comme souligné précédemment, d'un cadre juridique clair pour la prestation de soins de santé transfrontaliers sûrs, efficaces et de qualité dans lequel cette coopération pourra s'exercer (24). Dès lors, le choix de la base juridique marché intérieur (art. 95 TCE) s'imposait. Afin de faciliter non seulement le droit de fournir des services de santé, mais aussi de bénéficier de tels services dans un autre État, les questions relatives au remboursement du coût des soins transfrontaliers sont ainsi clarifiées par la directive (25). D'autres droits complètent cette clarification. Ils portent, tout d'abord, sur l'information à fournir au patient afin qu'il puisse faire un choix

(20) Voy., not., L. Dubouis, « La directive n° 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers », *RD sanit. soc.*, 2011, p. 1059 ; L. Driguez et V. Michel, « La directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers : progrès pour la santé ou pour le marché ? », *Europe*, octobre 2011, étude ; N. De Grove-Valdeyron, « La directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers : véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité ? », *Rev. trim. dr. eur.*, avril-juin 2011, p. 299, et S. Hennion et O. Kaufmann, *Citoyenneté européenne et libre circulation des patients*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2014.

(21) *COM*(2008) 414.

(22) *COM*(2008) 415.

(23) Sur cette volonté d'occultation, voy. M. Blanquet, « Les soins de santé en Europe : de la difficulté de codifier une jurisprudence libérale », *op. cit.*, p. 239. Même si la dimension de prestation de services est présente dans toute la directive, le texte privilégie les références au principe d'égalité de traitement et de non-discrimination, et met en avant « les principes communs pour tous les systèmes de santé de l'Union dans le domaine des soins de santé » dégagés par le Conseil en 2006 (universalité, équité, qualité, solidarité…).

(24) En ce sens, *COM*(2008) 415.

(25) Le principe retenu, pour s'en tenir à l'essentiel, réside dans une prise en charge du coût des soins, en principe, et sous réserve des exceptions strictement énumérées à l'art. 8 de la directive, sans autorisation préalable et un remboursement selon les tarifs de l'État d'affiliation pour autant que les soins relèvent du panier de soins remboursable dans cet État. La possibilité d'opter pour un remboursement sur la base du règlement n° 883/2004 reste une possibilité pour le patient, à condition de satisfaire aux conditions que ce dernier prévoit.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Du droit européen de la santé au droit européen des patients, le spill over continue
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

en connaissance de cause : à cet effet, la directive fait peser une obligation d'information, tant sur les États membres (d'affiliation et de traitement) au titre de leurs « responsabilités (26) », par le biais des points de contact nationaux, que sur le prestataire de soins, tenu, lui aussi, de fournir un certain nombre de renseignements au patient (options thérapeutiques, etc.). À côté de l'information, la directive oblige les États à mettre en place des mécanismes de recours et d'indemnisation en cas de préjudice. Cependant, du fait du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres et de l'absence de règles de responsabilité commune (27) au niveau de l'Union européenne, la directive ne peut ici que renvoyer aux droits nationaux. Enfin, le patient se voit reconnaître le droit à des soins « sûrs et de qualité ». Cette exigence est mentionnée dès le considérant 10 qui dispose que *la présente directive a pour but d'établir des règles visant à faciliter l'accès à des soins de santé sûrs et de qualité élevée dans l'Union*, mais est quelque peu atténuée par le considérant 22 qui précise que des *efforts systématiques et continus devraient être faits afin d'assurer l'amélioration des normes de qualité et de sécurité* . On se heurte ici à la limite inhérente à la compétence de l'Union dans le domaine des services de santé et des soins médicaux dont la responsabilité revient aux États (voy. B, *infra*). La législation de l'État de traitement s'appliquant à la dispensation des soins, ce sont donc les propres normes et orientations en matière de qualité et de sécurité de ce dernier qui ont vocation à s'appliquer.

Le principe de reconnaissance mutuelle des prescriptions médicales (art. 11) établi par la directive apparaît enfin comme révélateur d'un mécanisme fondamental d'intégration en droit du marché intérieur. Ce principe vise non seulement à faciliter la mobilité des patients, mais aussi à sécuriser les prescriptions (et indirectement, donc, à sécuriser les soins prodigués aux patients). La volonté de mettre en place un tel mécanisme est ancienne, puisque la reconnaissance mutuelle « de la validité des ordonnances médicales (28) » avait été envisagée dès 1995 dans une résolution du Conseil. Consacrée par la directive, elle laisse cependant aux États la possibilité d'invoquer des motifs relevant de *doutes légitimes et justifiés quant à l'authenticité, au contenu ou l'intelligibilité d'une prescription donnée* (art. 11, § 1er, b). Afin de la mettre en œuvre, mais aussi de *faciliter l'identification correcte des médicaments et des dispositifs médicaux*, la directive d'exécution 2012/52 de la Commission du 20 décembre

(26) Le terme apparaît moins contraignant que celui d'obligation et plus conforme à la responsabilité seconde de l'Union en matière de santé. Sur cette approche en termes de responsabilité, voy. M. Blanquet, étude préc., p. 249.

(27) Sous réserve de l'utilisation de la directive sur la responsabilité générale du fait des produits, voy. C. Grynfogel, « L'incidence du droit de l'Union européenne, en France, sur la responsabilité liée aux dommages causés par des produits de santé », in N. De Grove-Valdeyron (dir.), *La sécurité des produits de santé dans l'Union*, Actes du colloque, Études de l'IRDEIC nº X, Tolouse, PU de Toulouse 1 Capitole, 2014.

(28) *J.O.C.E.*, C-350 du 20 décembre 1995.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Du droit européen de la santé au droit européen des patients, le spill over continue
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

2012 (29) fixe une liste non exhaustive d'éléments devant apparaître de façon obligatoire sur les ordonnances.

Les mécanismes du marché intérieur sont donc bien présents et ont pu être mis à profit pour accorder directement un certain nombre de droits au patient mobile. Le législateur est cependant bridé par une compétence qui limite sa marge de manœuvre sans pour autant l'entraver de manière fondamentale.

B. – Le caractère second (30) de la compétence de l'Union en matière de santé : une contrainte réelle mais « aménageable »

Le législateur s'est, dès le départ, montré prudent dans le domaine de la santé, et de la sécurité sociale en particulier. Ainsi, l'intégration européenne dans ce domaine s'est traduite, compte tenu de la grande diversité des systèmes nationaux, non par une harmonisation des droits des États membres, mais une simple coordination afin de maintenir des droits acquis ou en cours d'acquisition dans le cadre de l'exercice de la liberté de circulation. Cette même prudence se retrouve dans la rédaction de la base juridique introduite dans le Traité CE, par le Traité de Maastricht en 1992. Selon l'article 129 TCE, l'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique *respecte pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux*. La formule retenue par le Traité de Lisbonne se veut encore plus précise, l'article 168, paragraphe 7, du TFUE disposant que *l'action de l'Union est menée dans le respect des responsabilités des États membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux. Les responsabilités des États membres incluent la gestion des services de santé et de soins médicaux, ainsi que l'allocation des ressources qui leur sont affectées* (31).

La compétence de l'Union semble bien verrouillée (32) et, pourtant, comme nous l'avons vu ci-dessus, la Cour, la première, a réussi à dépasser ce qui aurait pu paraître comme un frein à l'influence du droit de l'Union dans le domaine des soins de santé en reconnaissant que *la nature particulière de certaines prestations de services ne saurait faire échapper ces activités au principe fondamental de libre circulation* (33), et ce, quelle que soit l'organisation des systèmes de santé des États membres. Cette voie

(29) *J.O.U.E.*, L 356 du 22 décembre 2012.

(30) Voy. M. Blanquet, *Compétences de l'Union*, *J.Cl. Europe*, fasc. 170, 3, 2012, pt 100.

(31) L. Dubouis, « Les États membres de l'Union européenne ont-ils conservé la maîtrise de leur système de soins ? », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, *Mélanges J.-P. Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, p. 77.

(32) L'art. 35 de la Charte de droits fondamentaux va dans le même sens en reconnaissant le droit de toute personne d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux « dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales ».

(33) Arrêt *Kohll*, préc., § 20.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Du droit européen de la santé au droit européen des patients, le spill over continue
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

jurisprudentielle correspondant à une « vision volontariste (34) » du juge pour exploiter tout le potentiel du marché intérieur a joué un rôle majeur, aboutissant ultérieurement à la nécessaire « clarification » opérée par la directive dans les conditions rappelées précédemment, l'approche en termes de droits des patients ayant permis de contourner le principe de l'entière compétence des États pour l'organisation de leur système de santé.

De plus, et au-delà du domaine des soins de santé, selon les termes de l'article 168, paragraphe 1er, *un niveau élevé de protection de la santé publique est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union*. Cette clause d'intégration va permettre à la politique de santé publique de « mener une double vie », pour reprendre l'expression d'un auteur (35), l'une en propre fondée sur sa base juridique spécifique, l'autre au travers d'autres politiques (politique de l'environnement, de la *recherche-développement*, politique régionale…), la rédaction de l'article 114 TFUE confirmant notamment cette exigence.

L'Union utilise sa compétence en matière de santé dans des domaines relevant de la responsabilité des États d'une façon telle que son influence (36) n'en paraît pas moins importante. Ainsi, dans le domaine du droit des patients, elle donne aux États les clés leur permettant *en pratique une application plus générale et efficace des droits découlant du marché intérieur et un exercice de ces droits qui soit compatible avec les objectifs généraux d'accessibilité, de qualité et de viabilité financière assignés aux systèmes de santé* (37). La compétence de l'Union reste cependant bien seconde par rapport à celle des États dans la mesure où elle vise à *faciliter* l'exercice du droit de fournir des services de santé et de bénéficier de tels services, la réalisation de l'objectif à atteindre pesant sur les États et ceux-ci restant pleinement responsables en matière d'organisation et de prestation des services de santé et de soins médicaux.

Par ailleurs, conformément à l'article 114, paragraphe 3, TFUE, afin de garantir un niveau élevé de protection de la santé, la directive vise à ce que les soins de santé satisfassent aux exigences de qualité, de sécurité et d'efficacité *tout en garantissant la compatibilité de ces soins de santé transfrontaliers avec les objectifs généraux des États membres en matière d'accessibilité, de qualité et de sécurité des soins de santé dispensés par leurs systèmes (*38*)*. Pour répondre à ces exigences, le législateur, conformément à l'article 168 du TFUE, a encouragé la coopération entre États membres, celle-ci contribuant à l'émergence de nouveaux droits.

(34) M. Blanquet, étude préc.

(35) V. Michel, « Les objectifs à caractère transversal », in E. Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 204.

(36) E. Brosset, « Les coordonnées de l'influence du droit de l'Union européenne en matière de soins de santé », *RDSS*, 2013, p. 1050.

(37) Exposé des motifs de la proposition, p 7.

(38) Exposé des motifs de la proposition, p. 9.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Du droit européen de la santé au droit européen des patients, le spill over continue
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. – La compétence d'appui, un soutien à l'émergence de nouveaux droits

La compétence de l'Union dans le domaine de la santé (39) est principalement une compétence d'appui sous réserve « des enjeux communs de sécurité » dans ce domaine qui relèvent d'une compétence partagée avec les États membres et qui concernent, en réalité, trois domaines spécifiques visés par l'article 168, paragraphe 4, a), b), c) (40). Les systèmes de santé des États membres de l'Union européenne présentent des différences reflétant la diversité de leurs priorités sociales. Pourtant, malgré ces modes d'organisation et de financement qui les distinguent, ils reposent sur des valeurs communes reconnues par le Conseil des ministres de la Santé en 2006 : l'universalité, l'accès à des soins de qualité, l'équité et la solidarité. Afin de soutenir les États membres dans la poursuite de leur objectif général d'accès universel à des soins de qualité sur la base des principes d'équité et de solidarité, la directive comporte un chapitre 4 intitulé « Coopération en matière de soins de santé ».

Le soutien qu'apporte l'Union aux États en encourageant la coopération, en favorisant les meilleures pratiques, même s'il pourrait apparaître de prime abord comme moins efficace que la méthode normative, n'en est pas moins indispensable non seulement pour faire bénéficier les patients de soins sûrs et de qualité (A), mais aussi pour prétendre à des soins de *meilleure* qualité et *plus* sûrs en ayant recours, notamment, aux technologies de l'information et des télécommunications appliquées à la santé (TIC) (B).

A. – La coopération, prolongement de l'action normative pour des soins sûrs et de qualité

L'exigence de qualité et de sécurité est présente dans l'action d'harmonisation de l'Union fondée sur la « nouvelle approche », initiée en matière de marchandises dès 1985 et généralisée avec la décision 768/2008 du 9 juillet 2008 qui établit un « cadre commun pour la commercialisation des produits » (41). Cette exigence, consacrée expressément par le traité dans des domaines spécifiques relevant de compétences partagées (en l'occurrence, lors de l'adoption de normes dans le domaine des médicaments et des dispositifs médicaux [art. 168, § 4, c)], ainsi que dans celui des organes et

(39) V. Michel, « La compétence de la Communauté en matière de santé publique », *R.A.E.*, 2003-2004/2, p. 177.

(40) Il s'agit, depuis le Traité d'Amsterdam, de l'adoption de mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang ; de mesures dans les domaines vétérinaires et phytosanitaires ayant directement pour objet la protection de la santé publique, et, depuis le Traité de Lisbonne, de l'adoption de mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des médicaments et des dispositifs à usage médical.

(41) Cl. Blumann, « Vers un cadre européen commun pour la surveillance du marché », in N. De Grove-Valdeyron (dir.), *La sécurité des produits de santé dans l'Union européenne*, Études de l'IRDEIC X, Toulouse, PU de Toulouse 1 Capitole, 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Du droit européen de la santé au droit européen des patients, le spill over continue
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang [art. 168, § 4, a)]), n'apparaît pas dans le cadre de la compétence générale de l'Union dans le domaine des soins de santé. Même s'il n'est *a priori* pas inenvisageable qu'une telle compétence normative partagée soit un jour reconnue à l'Union aux côtés des États, dans le domaine de la sécurité des soins de santé, en tant « qu'enjeu commun de sécurité », il semble cependant qu'il n'y ait pas à ce jour un consensus sur la nécessité d'une intervention législative dans ce domaine spécifique, la coopération, l'échange de bonnes pratiques et l'apprentissage mutuel apparaissant peut-être plus adaptés.

On retiendra néanmoins que le programme de travail annuel pour la normalisation européenne (42) en cours prévoit que, dans le domaine des services de soins de santé, les organismes européens de normalisation se voient confier des mandats portant sur des aspects horizontaux tels que « la sécurité et l'enregistrement des patients, les systèmes d'accréditation spécifiques à certaines maladies [comme les services de soins pour le cancer du sein] et sur les services spécifiques à certaines étapes [comme les services de rééducation] ». Le rôle conféré à des démarches de type standardisation, normalisation des processus et des pratiques en matière de soins et de sécurisation des soins, peut s'avérer utile, mais devrait cependant pouvoir laisser place à une marge d'adaptation compte tenu de la particularité du domaine des soins (43).

La recommandation du Conseil du 9 juin 2012 sur la sécurité des patients mérite d'être ici évoquée dans la mesure où elle propose un cadre favorisant l'élaboration de politiques et l'adoption de mesures permettant de faire face aux grands problèmes auxquels l'Union est confrontée dans le domaine de la sécurité des patients en général, ce qui renvoie aussi à la qualité et à la sécurité des soins. Cette recommandation est d'autant plus importante que le rapport de la Commission du 13 novembre 2012 (44) concernant la suite donnée à la recommandation prévoit que l'évaluation des normes au titre de la directive 2011/24/UE se fera sur la base de l'application des actions préconisées par la recommandation (partage des connaissances ; révision et mise à jour régulière, par les États membres, des normes de sécurité des patients applicables aux soins dispensés sur leur territoire ; communication aux patients d'informations relatives aux mesures de sécurité visant à réduire ou à prévenir les préjudices ; et informations relatives aux normes de sécurité des patients).

De plus, le règlement (UE) n° 282/2014 du 11 mars 2014 portant établissement du troisième programme d'action pour la santé publique (2014-

(42) Voy. programme de travail annuel pour la normalisation européenne, *COM*(2013) 561 final du 31 juillet 2013.

(43) Étude Dédale, réalisée pour le Haut Conseil de la santé publique, juin 2010, par F. Rome, J. Pariès et A.-S. Nyssen, spéc. p. 54. Voy. http://www.sante.gouv.fr/publications-etudes.html.

(44) *COM*(2012) 658 final, p. 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Du droit européen de la santé au droit européen des patients, le spill over continue
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

2020) (45) prône des soins de *meilleure* qualité et *plus* sûrs, et fait de la qualité et de la sécurité des soins une de ses quatre priorités thématiques. Il prévoit, à cet effet, le renforcement de la collaboration en matière de sécurité des patients et de qualité des soins de santé, notamment par la mise en œuvre de la recommandation (46) précitée, l'échange de bonnes pratiques concernant les systèmes d'assurance qualité, l'élaboration d'orientations et d'outils de sensibilisation à la sécurité des patients et la qualité des soins, ou, encore, l'amélioration de l'information des patients sur ces questions (pt 4-3).

Toujours au titre de la coopération, les États membres sont encouragés par la directive 2011/24/UE à faciliter la création de réseaux européens de référence entre prestataires de soins de santé et centres d'expertise dans les États membres avec l'aide de la Commission (art. 12). Ces réseaux réuniront, sur une base volontaire, des centres spécialisés de différents États membres et devraient permettre des améliorations dans le diagnostic et la fourniture à tous les patients, dont l'état pathologique nécessite une concentration particulière d'expertise, de soins hautement spécialisés, d'une qualité élevée, tout en utilisant les ressources de la façon la plus efficace possible (ce qui profiterait aussi, par l'optimisation des ressources, aux systèmes de santé) (47). En effet, en mettant en œuvre des initiatives ou pratiques communes dans le domaine de la sécurité des patients, les centres de soins de santé des réseaux européens de référence permettront de définir des pratiques exemplaires dans les procédures complexes, ce qui devrait contribuer, ici encore, à améliorer la qualité des soins (48).

L'Union européenne soutient également et facilite la coopération et l'échange d'informations scientifiques entre les États membres dans le cadre du réseau regroupant les autorités nationales chargées de l'évaluation des technologies de santé désignées par les États membres, dont la création a été prévue par la directive 2011/24/UE et qui a vu le jour avec la décision d'exécution de la Commission du 26 juin 2013 (49). Dans le cadre du dernier programme d'action, l'Union est incitée à favoriser cette coopération, à titre volontaire, entre les États membres. Une évaluation correcte des nouvelles technologies utilisées dans le domaine de la santé est essentielle pour s'assurer de leur efficacité et de l'adéquation de leur coût, mais aussi afin de

(45) Règlement (UE) n° 282/2014 du 11 mars 2014 portant établissement du troisième programme d'action pour la santé publique (2014-2020) et abrogeant la décision 1350/2007/CE, *J.O.U.E.*, L 86 du 21 mars 2014.

(46) L'action commune « Réseau de l'Union européenne pour la sécurité des patients et la qualité des soins » (paSQ) (avril 2012-31 mars 2015) est notamment chargée de contribuer à la mise en œuvre de la recommandation (voy. le site dédié : www.pasq.eu).

(47) On peut penser, p. ex., à la mise en commun de ressources dans le domaine des maladies rares. Pour tester ce concept de réseaux, la Commission finance des projets dans le domaine des maladies rares. Les conclusions et recommandations découlant de ces projets pourraient être exploitées dans le cadre de la mise en place de réseaux prévus par la directive.

(48) Le troisième programme d'action encourage également l'établissement de tels réseaux, notamment pour les personnes atteintes de maladie rare (pt 4.1).

(49) *J.O.U.E.*, L 175 du 27 juin 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Du droit européen de la santé au droit européen des patients, le spill over continue
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

valider leur développement et de renforcer la confiance des citoyens dans leur utilisation.

La coopération s'appuyant sur des réseaux de référence apparaît donc comme un instrument privilégié pour garantir l'accès à des soins de santé plus sûrs et de meilleure qualité, la réalisation de cet objectif se mesurant à l'augmentation du nombre de réseaux de référence établis conformément à la directive et à l'augmentation du nombre de prestataires de soins de santé et des centres d'expertise participant à ces réseaux (50).

Depuis une dizaine d'années, tous les systèmes de santé européens font face à des problèmes communs : vieillissement de la population entraînant une augmentation des maladies chroniques, hausse de la demande de soins, pénurie en personnel de santé, pression croissante sur les budgets de santé nationaux, accroissement des inégalités dans le domaine de l'accès aux soins… Le recours à l'innovation en matière de santé et aux technologies de l'information et des communications en particulier apparaît comme un moyen important, non seulement pour améliorer la qualité des soins, mais aussi, à terme, pour répondre à l'enjeu de la pérennité des systèmes de santé.

B. – Le recours aux « TIC », nouvel enjeu pour les systèmes de santé

La directive 2011/24/UE comporte un article consacré à la santé en ligne (art. 14) qui apparaît comme une étape supplémentaire sur la voie d'une coopération formelle dans ce domaine. Cet article prévoit que *l'Union soutient et facilite la coopération et l'échange d'informations entre les États membres, dans le cadre d'un réseau constitué sur la base du volontariat, reliant les autorités nationales chargées de la santé en ligne désignées par les États*. Une décision d'exécution du 22 décembre 2011 a arrêté les règles relatives à la création, la gestion et le fonctionnement (51) du réseau.

Les objectifs du réseau « santé en ligne » fixés par la directive consistent à *œuvrer à la mise en place de systèmes et de services européens de santé en ligne offrant des avantages économiques et sociaux durables ainsi que des applications interopérables, de manière à atteindre un niveau élevé de confiance et de sécurité, à renforcer la continuité des soins et à garantir l'accès à des soins de santé de qualité élevée et sûrs.*

Il s'agit bien, ici encore, d'une compétence d'appui, le déploiement de systèmes TIC dans le secteur de la santé étant une compétence nationale. La directive précise qu'il est *nécessaire* que les États membres visent l'interopérabilité des TIC, dès lors qu'ils choisissent de mettre en place de tels systèmes (étant entendu que les mesures concernant l'interopérabilité devraient respecter le droit fondamental à la protection des données à ca-

(50) Art. 3, 4), 2e tiret, du programme d'action (2014-2020).

(51) Décision d'exécution no 2011/890/UE de la Commission du 22 décembre 2011 arrêtant les règles relatives à la création, la gestion et le fonctionnement du réseau d'autorités nationales responsables de la santé en ligne, *J.O.U.E.*, L 344 du 28 décembre 2011.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Du droit européen de la santé au droit européen des patients, le spill over continue
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

ractère personnel (52)). Le réseau santé en ligne apparaît aujourd'hui comme le *principal organe stratégique et de gouvernance dans le cadre duquel s'inscrivent les travaux pour l'interopérabilité des services de santé en ligne transfrontaliers* (53).

Le troisième programme d'action en matière de santé précité favorise le *recours à l'innovation en matière de santé et aux services de santé en ligne* (pt 3.1) et prévoit cette exigence d'interopérabilité (54) (art. 3.2) en soulignant les difficultés liées à la diversité des formats et normes utilisés par les États membres. Un processus d'adoption de normes internationales et européennes d'interopérabilité est en cours, mais il s'avère très lent. Le plan d'action santé en ligne 2012-2020 (55), qui fait suite au premier plan d'action de 2004 (56), charge la Commission d'établir, d'ici 2015, *les spécifications et ressources d'interopérabilité transfrontalières sémantiques et techniques nécessaires au cadre d'interopérabilité dans le domaine de la santé en ligne* ; et de proposer au niveau de l'Union européenne *un cadre relatif aux essais d'interopérabilité, au label de qualité et au cadre de certification applicable aux systèmes de santé en ligne*.

Selon la Commission, des dossiers médicaux électroniques complets et sécurisés devraient contribuer à l'amélioration de la qualité des soins et de la sécurité des patients, en donnant aux professionnels de la santé une meilleure connaissance de l'anamnèse du patient et des interventions effectuées précédemment par d'autres confrères et, par conséquent, faciliter le choix d'un traitement approprié. En d'autres termes, l'interopérabilité des dossiers médicaux électroniques devrait permettre aussi, compte tenu de la mobilité des patients, d'améliorer les conditions de traitement dans d'autres États et de garantir la continuité des soins. Ceci suppose cependant que chaque État membre ait créé un dossier médical personnalisé (DMP), ce qui n'est pas encore le cas, à ce jour, dans tous les États membres.

L'article 14, paragraphe 2, c, de la directive prévoit, en outre, que la Commission *soutient les États dans l'élaboration de mesures communes d'identification et d'authentification, afin de faciliter la transférabilité des données dans le cadre de soins de santé transfrontaliers.* Cette tâche confiée au réseau santé en ligne devrait être rendue plus facile grâce à l'expérience fournie par le projet « epSOS (57) ».

Enfin, la directive charge aussi la Commission d'élaborer des orientations

(52) Pour une étude complète de la question, voy. N. Ferraud-Ciandet, « L'Union européenne et la télésanté », *Rev. trim. dr. eur.*, 2010, nº 3, juillet-août 2010, p. 537.

(53) En ce sens, voy. le plan d'action pour la santé en ligne (2012-2020) : « Des soins de santé innovants pour le XXIe siècle », *COM*(2012) 736.

(54) Recommandation 2008/594/CE du 2 juillet 2008 de la Commission sur l'interopérabilité transfrontalière des systèmes de dossiers informatisés de santé (*J.O.U.E.*, L 190, p. 37).

(55) Préc., note 48.

(56) *COM*(2004) 356.

(57) Au titre du réseau « Santé en ligne » et du MIE, il est prévu de mettre en œuvre ces résultats et d'aborder ainsi la phase suivante du déploiement de processus de santé en ligne transfrontaliers.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Du droit européen de la santé au droit européen des patients, le spill over continue
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

(art. 14, § 2, b, i), concernant l'établissement d'une *liste non exhaustive des données essentielles à inclure dans les dossiers des patients* pouvant être partagées par les professionnels de santé par-delà les frontières, ce qui devrait permettre de renforcer la continuité des soins. À cet effet, dès 2010, l'Action clé n° 14 de la stratégie numérique pour l'Europe (58) prévoyait que la Commission recommanderait un ensemble minimal de *données communes sur les patients* afin de garantir l'interopérabilité des dossiers médicaux qui devront être électroniquement accessibles ou échangeables dans tous les États membres (dans le respect des règles relatives à la protection des données). Ces orientations présentées sous forme de *guidelines* (lignes directrices), sans valeur contraignante, ont été adoptées par le réseau, le 13 novembre 2013.

La directive 2011/24/UE, mais aussi le programme santé publique (2014-2020) et le plan de santé en ligne (2012-2020), confient un rôle important à la Commission pour définir des orientations et soutenir l'action des États afin, entre autres, de renforcer les droits des patients.

Depuis l'entrée en vigueur de la directive 2011/24/UE, les systèmes de santé de l'Union connaissent une interaction croissante. Le soutien à la coopération entre États dans le domaine de la santé est, aux yeux de la Commission, la façon de répondre à la mobilité accrue des patients et des professionnels de la santé. L'interdépendance croissante et les enjeux communs liés, notamment, au vieillissement de la population dans un contexte où les ressources économiques sont limitées appellent, en effet, une coopération plus étroite.

En dehors de sa valeur intrinsèque, la santé est aussi un facteur déterminant de la prospérité économique. Le maintien de la population en bonne santé a, en effet, une incidence non négligeable sur la productivité et sur la croissance (59).

La mise en œuvre de systèmes de santé *modernes, efficaces, capables de s'adapter aux besoins et durables* est un objectif que poursuit l'Union (60), traduisant de façon patente le dynamisme du droit européen de la santé qui, en s'appuyant chaque fois que nécessaire sur d'autres politiques, en utilisant tantôt la méthode normative, tantôt la coopération, vise à fournir aux patients une meilleure accessibilité à des soins plus sûrs et de meilleure qualité (61). En somme, l'Union contribue indiscutablement non seulement à donner à l'accès aux soins de santé une nouvelle dimension, mais aussi à faire entrer les droits des patients dans le XXIe siècle…

(58) *COM* (2010) 245 final/2 du 26 août 2010.

(59) On rappellera à cet égard qu'initialement, le troisième programme d'action était d'ailleurs intitulé « La santé en faveur de la croissance », cette précision ne sera pas reprise dans le règlement définitif.

(60) Communication de la Commission relative à « des systèmes de santé efficaces, accessibles et capables de s'adapter », *COM* (2014) 415 du 4 avril 2014.

(61) N. De Grove-Valdeyron, « Du droit au remboursement des soins au droit à la qualité et la sécurité de santé dans la droit de l'Union européenne », in *Droit européen et protection de la santé*, *op. cit.*, p. 189.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Du droit européen de la santé au droit européen des patients, le spill over continue
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

LES RÉGIMES D'ÉVALUATION DES INCIDENCES DES PROGRAMMES, PLANS ET PROJETS : D'UN DROIT PROCÉDURAL EN TROMPE-L'ŒIL À UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE

Nicolas DE SADELEER

Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis
Chaire Jean Monnet
Professeur invité à l'Université catholique de Louvain
et à l'Université d'A Coruña (1)

INTRODUCTION

Pratiquer et enseigner le droit de l'environnement vous fait passer à tous les coups pour un expert chevronné tant auprès de vos collègues que de vos étudiants. Cela dit, s'il y a bien une discipline juridique tentaculaire, c'est bien le droit de l'environnement. Claude Blumann ne s'y est d'ailleurs pas trompé dans la mesure où il a été confronté à ces règles émergentes en suivant de près la comitologie et la PAC. Cela n'échappe plus à personne, ce droit mouvant bouscule le landerneau juridique, à tel point que les arrêts rendus dans cette matière constituent aujourd'hui un pourcentage non négligeable de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Aussi, souhaitons-nous honorer notre collègue en montrant comment l'on est passé d'un droit procédural en trompe-l'œil à une protection juridictionnelle effective.

Outre la création de normes de nature technique destinées à tempérer les impacts des polluants et des nuisances (normes d'émission), et à protéger les milieux (objectifs de qualité), le droit de l'environnement de l'Union européenne recèle une noria de normes procédurales de nature transversale, parmi lesquelles on retrouve plusieurs mécanismes d'évaluation des impacts environnementaux qui pourraient résulter de décisions publiques de nature programmatique (plans et programmes) et individuelle (permis de lotir, de construire et d'exploiter) (2).

(1) L'auteur remercie M. C. Verdure pour ses observations.

(2) Voy. N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, ULB, 2010.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

À ce stade, hormis les produits et les substances dangereux qui relèvent de régimes d'évaluation des risques (3), le droit dérivé comprend trois directives adoptées sur la base de l'article 192 TFUE prévoyant des mécanismes d'évaluation des incidences, à savoir :

– la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement (4) ;
– la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés (5), laquelle a codifié la directive 85/337/CEE du 27 juin 1985 portant sur le même objet (6) et qui vient d'être modifiée par la directive 2014/52/UE du 16 avril 2014 (7) ;
– la procédure d'évaluation prévue par la directive « habitats », vu l'importance que revêt le réseau Natura 2000, lequel couvre 15 % du territoire des États membres (8) ;
– ainsi que les mécanismes de protection juridictionnelle découlant de ces trois régimes.

Nous utilisons ici les acronymes EES (« Évaluation environnementale stratégique » prévue par la directive 2001/42/CE), EIE (« Étude d'impact sur l'environnement » prévue par la directive 2011/92/UE), ainsi que les termes « Natura 2000 » (prévus par la directive 92/43/CE).

Vu le caractère irrémédiable de nombreux dommages écologiques, l'adage « Mieux vaut prévenir que guérir » trouve ainsi un terrain d'élection dans ces régimes d'évaluation.

Quels sont les points communs entre ces trois procédures somme toute fort distinctes ?

Tout d'abord, fers de lance du principe de prévention (9), ces trois procédures se focalisent entièrement sur l'information que le maître d'ouvrage

(3) Art. 14 du règlement nº 1907/2006/CE du Parlement européen et du Conseil, du 18 décembre 2006, concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH) (*JO*, L 396 du 30 décembre 2006, p. 1).

(4) *JO*, L 197 du 21 juillet 2001, p. 30.

(5) *JO*, L 26 du 28 janvier 2012, p. 1.

(6) Directive 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement. La directive 85/337/CEE a été modifiée par la directive 97/11/CE du 3 mars 1997, *JO*, L 73 du 14 mars 1997, p. 5, et la directive 2003/35/CE du 26 mai 2003, *JO*, L 156 du 25 juin 2003, p. 17.

(7) Directive 2014/52/UE du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JO*, L 242 du 25 avril 2014, p. 1.

(8) N. de Sadeleer, « The appropriate impact assessment and authorisation requirements of plans and projects likely to have significant impacts on Natura 2000 sites », *ELNI Law Journal,* 2013, nº 2, pp. 7-22.

(9) Art. 191, § 2, TFUE. En ce sens, L. Cashman, « Environmental impact assessment », in M. Onida (ed.), *Europe and the Environment*, Groeningen, Europa Law Pub, 2004, p. 68 ; N. de Sadeleer, *Environmental Principles*, Oxford, OUP, 2005, pp. 86-89.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

va devoir se procurer et diffuser auprès des différents acteurs concernés par le projet ou le programme. Cette information tantôt atténuera, tantôt corroborera les craintes que les tiers nourrissent à l'égard du projet ou du plan. Elle devrait aussi permettre au promoteur d'apporter en temps utile les modifications destinées à vaincre les réticences des uns et des autres et de laisser à l'autorité compétente le soin de statuer en connaissance de cause. La maîtrise de l'information constitue ainsi la pierre angulaire de ces instruments à vocation préventive.

Le second point commun tient au fait que ces dispositifs, hormis l'évaluation « Natura 2000 » qui se limite à la conservation de la nature, comptent parmi les rares instruments procéduraux de nature transversale couvrant tous les aspects de la protection de l'environnement, allant de la conservation de la biodiversité aux impacts paysagers, en passant par le patrimoine. Aucune facette de la problématique n'est censée échapper à l'expert.

En troisième lieu, la nature transectorielle des études explique la place proéminente occupée par l'expertise scientifique. S'agissant de l'évaluation des impacts environnementaux des projets et plans, ce sont bien les scientifiques qui décèlent et identifient les risques, qui émettent et vérifient les hypothèses par rapport auxquelles les décideurs vont devoir se positionner. Ce sont également les évaluations scientifiques qui vont tantôt apaiser, tantôt exacerber les craintes des tiers quant aux risques qu'ils encourent. Si l'évaluation est placée sous le signe de la rigueur et de l'objectivité (10), le recours à une analyse scientifique s'impose.

Mais les apparences ne sont-elles pas trompeuses ? N'avons-nous pas affaire à un droit procédural en trompe-l'œil, l'évaluation constituant au mieux un palliatif aux excès les plus criants, au pire un alibi bon marché pour faire accepter un projet imbuvable ? Au demeurant, a-t-on déjà vu une étude d'incidences empêcher la construction d'une autoroute à travers un espace protégé, le détournement d'un fleuve, l'exploitation d'une décharge, la réalisation d'un barrage, l'enfouissement de déchets nucléaires ? Avant même que les experts ne prennent leur plume, les jeux ne sont-ils pas déjà faits ?

Il est possible de répondre à ces interrogations en soulignant que les procédures d'évaluation ont contribué à mettre fin à l'exercice solitaire du pouvoir lié à la tradition administrative du secret. Grâce aux consultations, aux enquêtes publiques, aux auditions préalables, de telles procédures engagent la population à participer à la définition des choix techniques et technologiques qui peuvent porter atteinte à l'environnement. Mieux informé sur les risques courus, le public est désormais en mesure de faire valoir ses observations sans devoir se heurter au sceau du secret ou à la condescendance technocrate. Qui plus est, 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, convention mixte à laquelle tant l'Union que ses

(10) Quant à l'indépendance de l'auteur d'une étude prévue par la directive EIE, voy. C.J.U.E., 20 octobre 2011, *Seaport e.a.*, aff. C-474/10, *Rec.*, p. I-10227, pt 42.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

États membres sont partie, a renforcé certains des droits procéduraux octroyés par le droit dérivé aux particuliers et à leurs associations.

Par ailleurs, un contrôle plus rigoureux du respect des procédures a pour effet d'améliorer la qualité des évaluations scientifiques et d'accroître l'indépendance de leur auteur, de garantir la transparence des processus de participation, de conduire les administrations à mieux motiver leurs décisions et de veiller à ce que les voies juridictionnelles soient effectives (11). Au demeurant, l'octroi progressif de droits procéduraux dans le cadre de ces trois régimes a conduit la Cour de justice de l'Union européenne à accorder une protection juridictionnelle effective aux justiciables, dont l'extension a pour effet d'édulcorer la marge d'autonomie procédurale revenant aux États membres. Ce chantier jurisprudentiel qui n'est sans doute qu'à ses débuts aura des répercussions qui iront bien au-delà du droit de l'environnement. Assurément, la dimension procédurale de ces instruments de droit dérivé présente une valeur ajoutée par rapport aux droits nationaux plus timorés.

Au fil du temps, les directives EIE et « habitats », ainsi que, depuis quelques années, la directive EES, sont devenues de véritables nids à procès. Pour beaucoup de requérants, l'accès au prétoire relève d'une véritable course d'obstacles (12). En outre, le contrôle de légalité des actes d'autorisation demeure à ce point marginal que ce pan du droit de l'environnement fait figure de tigre de papier. Les questions d'invocabilité directe, d'accès à la justice, de l'étendue du contrôle juridictionnel se posent, dès lors, de manière récurrente. L'objet de cet article est de montrer qu'au fil des litiges, ce droit procédural a été progressivement pris au sérieux par la Cour de justice de l'Union européenne. Aussi nous revient-il de démontrer comment certaines de ces règles procédurales, interprétées à la lumière de la Convention d'Aarhus, parviennent à redorer le blason du droit de l'environnement.

I. – Effet direct vertical ascendant

Interrogée à plusieurs reprises sur la portée de certaines des dispositions de la directive EIE (13), la Cour de justice de l'Union européenne a dû prendre position sur l'effet direct d'exclusion lorsque des autorisations administratives octroyant des droits à des tiers sont querellées. Conformément au principe de primauté, l'invocabilité des dispositions procédurales n'est tributaire

(11) Voy. N. de Sadeleer, *Commentaire Mégret*, *op. cit.*, pp. 167-183.

(12) Voy. les études de droit comparé de J. Ebbesson (ed.), *Access to Justice in Environmental Matters in the EU*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 499 ; N. de Sadeleer, G. Roller et M. Dross, *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs*, Groeningen, Europa Law Publishing, p. 228 ; E. Rehbinder, « L'action en justice des associations et l'action populaire pour la protection de l'environnement », *REDE*, 1997/1, pp. 16-42.

(13) C.J.U.E., 21 février 2013, *Salzburger Flughafen*, aff. C-244/12. En l'espèce, la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu que les art. 2, § 1er, et 4, §§ 2 et 3, produisent un effet direct.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de la reconnaissance d'aucun droit subjectif. Ainsi, dans l'arrêt *Linster*, la Cour a contrôlé le respect de la procédure d'évaluation par le législateur luxembourgeois sans faire référence ni au principe de l'effet direct, ni aux critères d'inconditionnalité et de précision des dispositions invoquées (14). De la sorte, lorsque les procédures n'ont pas été respectées par les autorités nationales, les particuliers peuvent s'en prévaloir devant leurs juridictions.

S'agissant du droit d'ester en justice, la situation est passablement complexe eu égard aux ambiguïtés conceptuelles. Tout d'abord, s'agissant de la disposition qui transpose en droit secondaire l'article 9, paragraphe 2, de la Convention d'Aarhus, l'article 11 de la directive EIE, il convient de distinguer la première phrase des deux autres. La première phrase n'a pas d'effet direct (15). En revanche, les deux dernières phrases qui prévoient, d'une part, que l'intérêt de toute ONG est réputé suffisant et, d'autre part, que de telles organisations sont aussi réputées bénéficier de droits susceptibles de faire l'objet d'une atteinte fixent des règles précises et inconditionnelles. Partant, elles peuvent être invoquées directement (16).

En dépit de l'absence d'effet direct de l'article 9, paragraphe 3, de la Convention d'Aarhus (17), l'obligation d'interpréter le droit national conformément à ce paragraphe oblige le juge national à permettre aux requérants contestant une décision administrative tombant dans le champ d'application du droit secondaire de faire valoir leur droit d'ester, quand bien même le droit national procédural ne leur reconnaîtrait pas un intérêt à agir (18).

Étant donné que la suspension, voire l'annulation, de la décision administrative permettant la réalisation du projet est susceptible de faire vaciller les droits des exploitants et des entrepreneurs, l'invocation directe des dispositions de la directive EIE ne bute-t-elle pas sur l'interdiction d'un effet direct horizontal (19) ? Or l'intervention du juge national est, en effet, susceptible d'entraîner la cessation ou la suspension de l'exploitation d'une activité économique dans l'attente des résultats de l'évaluation des incidences, voire de réclamer des compléments d'étude lorsque cette dernière a été malmenée. Dans l'arrêt *Wells*, la Cour de justice de l'Union européenne a souligné que « de simples répercussions négatives sur les droits de tiers, même si elles sont certaines, ne justifient pas de refuser à un particulier d'invoquer les

(14) C.J.C.E., 19 septembre 2000, *Linster*, aff. C-287/98, *Rec.*, p. I-6917. Voy. J.-V. Louis et T. Ronse, *L'ordre juridique de l'UE*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2005, p. 304.

(15) C.J.U.E., 12 mai 2011, *Trianel Kohlekraftwer Lünen GmbH & Co. Kg*, aff. C-115/09, *Rec.*, p. I-3673, pt 55.

(16) *Ibid*.

(17) Dans un arrêt récent du 13 janvier 2015, la Cour de justice a rappelé que le par. 3 de l'art. 9 ne produisait pas d'effet direct. C.J.U.E., 13 janvier 2015, *Stichting Natuur en Milieu et PAN*, aff. jtes 404/12P et C-405/12P, pts 47 et 53.

(18) Voy. *infra*, n° 17.

(19) C.J.C.E., 26 février 1986, *Marshall*, aff. C-152/84, *Rec.*, p. 723 ; C.J.C.E., 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, *Rec.*, p. I-3325.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

dispositions » de ladite directive à l'encontre des autorités étatiques (20).

Cela dit, étant de nature procédurale, la directive n'a pas par elle-même pour effet de créer des obligations dans le chef d'un particulier. L'effet direct vertical inversé ou descendant n'est assurément pas de mise (21).

Enfin, au titre de l'obligation d'interprétation conforme, la procédure d'évaluation doit être respectée par les administrations, même en l'absence de transposition de la directive (22).

II. – L'AUTONOMIE PROCÉDURALE

En vertu de leur autonomie procédurale découlant de la jurisprudence *Rewe c. Comet* (23) et sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité (24), les États membres disposent d'une marge de manœuvre, notamment en rapport avec les modalités procédurales des recours, dans la mise en œuvre de l'article 9 de la Convention d'Aarhus et des dispositions de droit secondaire mettant en œuvre cet article. À ce titre, ils sont en droit « de déterminer quelle juridiction ou quel organe indépendant et impartial établi par la loi est compétent pour connaître des recours visés par ces dispositions et selon quelles modalités procédurales, pour autant que les dispositions susmentionnées [aient] été respectées » (25). Le principe d'autonomie procédurale fait toutefois l'objet de réserves en raison des objectifs de la Convention d'Århus, lesquels ont été repris dans le droit dérivé.

III. – LES LIMITES APPORTÉES À L'AUTONOMIE PROCÉDURALE

A. – Contestation des décisions devant les juridictions

Alors même que les trois directives commentées ci-dessus offrent aux autorités nationales une certaine marge de manœuvre, les juridictions nationales sont tenues de vérifier si ces dernières n'ont pas excédé les limites de leur discrétion. Pour garantir cette vérification, les justiciables ne sauraient être

(20) C.J.C.E., 7 janvier 2004, *Wells*, aff. C-201/02, *Rec.*, p. I-723, pt 57. La *House of Lords* a jugé, dans son arrêt *Berkeley v. Secretary of State for the Environment and Another*, 2000, 3 *WLR* 420, que la directive EIE conférait directement des droits aux requérants, lesquels pouvaient les faire valoir à l'encontre des autorités étatiques.

(21) Voy., en matière d'environnement, C.J.C.E., 11 juin 1987, *Pretore di Saló*, aff. C-14/86, *Rec.*, p. I-2545, pt 19.

(22) C.J.C.E., 11 août 1995, *Commission c. Allemagne*, aff. C-431/92, *Rec.*, p. I-2189.

(23) C.J.C.E., 16 décembre 1976, *Rewe c. Comet*, aff. C-33/76, *Rec.*, p. I-1523.

(24) Ces exigences d'équivalence et d'effectivité expriment l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union. Elles valent tant sur le plan de la désignation des juridictions compétentes pour connaître des actions fondées sur ce droit qu'en ce qui concerne la définition des modalités procédurales. *Cf.* C.J.C.E., 29 octobre 2009, *Pontin*, aff. C-63/08, *Rec.*, p. I-10467, pt 44.

(25) C.J.U.E., 15 janvier 2013, *Križan*, aff. C-416/10, pt 106. Voy., par analogie, C.J.U.E., 18 octobre 2011, *Boxus*, aff. C-128/09 à C-131/09, aff. C-134/09 et aff. C-135/09, *Rec.*, p. I-9711, pt 52.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

empêchés de se prévaloir des obligations découlant du droit secondaire en justice (26).

Dans l'arrêt *Waddenzee*, qui avait trait à la contestation d'activités piscicoles dans un site Natura 2000, la Cour mit en évidence que l'effet utile de la directive « habitats » serait affaibli en l'absence de recours juridictionnels (27).

De même, dans son arrêt *Boxus*, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que l'effet utile de la directive EES serait réduit à néant si la seule circonstance que l'acte législatif se substituant à l'autorisation administrative ne répondait pas aux conditions explicitées ci-dessus (28) permettait de le soustraire à toute forme de recours juridictionnel (29). Ce contrôle doit être garanti « selon les règles nationales de procédure, par une juridiction ou par un organe indépendant et impartial établi par la loi » (30). Aussi, lorsque la possibilité d'obtenir gain de cause devant la juridiction constitutionnelle est moindre que le succès escompté devant les juridictions administratives, le législateur n'a pas à se substituer à l'administrateur dans le dessein de couper l'herbe sous les pieds des requérants. Les mêmes garanties juridiction-

(26) La Cour de justice a ainsi reconnu qu'un certain nombre de directives environnementales, notamment celles portant sur la protection des eaux souterraines, la protection de l'eau potable et la qualité de l'air, accordaient aux particuliers des droits, qu'ils doivent être en mesure d'invoquer devant leurs juridictions nationales. Il en résulte que le droit national doit offrir, aux personnes susceptibles d'être affectées par la mauvaise application du droit communautaire, une protection juridictionnelle effective. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, dans les cas où le non-respect par les autorités nationale pourrait mettre en danger la santé des personnes, ces dernières doivent pouvoir se prévaloir des règles impératives qu'elle contient. Cette théorie fut développée à propos de directives imposant le respect d'objectifs de qualité. Voy. C.J.C.E., 30 mai 1991, *Commission c. Allemagne*, aff. C-361/88, *Rec.*, p. I-2567, pt 16 ; C.J.C.E., 17 octobre 1991, *Commission c. Allemagne*, aff. C-58/89, *Rec.*, p. I-4983, pt 14 ; C.J.C.E., 25 juillet 2008, *Janecek*, aff. C-237/07, *Rec.*, p. I-6221, pt 37.

(27) C.J.C.E., 24 octobre 1996, *Kraaijeveld*, aff. C-72/95, *Rec.*, p. I-5403, pt 56 ; C.J.C.E., 7 septembre 2004, *Waddenzee*, *Rec.*, p. I-7405, pt 66.

(28) Souhaitant couper court aux velléités de certains de leurs opposants, plusieurs États membres ont soustrait des autorisations administratives aux obligations d'évaluation en les ratifiant purement et simplement par voie parlementaire. Ces autorisations se trouvent donc pourvues d'une valeur législative. En conséquence, leur légalité ne peut être contestée que devant la juridiction constitutionnelle, et non plus devant les juridictions administratives. Le fait de soumettre l'acte au contrôle de la juridiction constitutionnelle n'offre pas toujours des garanties aussi étendues que celles qui sont généralement ouvertes aux tiers intéressés devant leurs juridictions administratives. Il pourrait en résulter une discrimination entre des requérants pouvant contester certains projets devant les juridictions administratives et d'autres tenus de porter leur contentieux immédiatement devant le juge constitutionnel. Pour éviter que les voies de recours administratives ne soient facilement court-circuitées, la directive n'exclut de son champ d'application que les seuls projets qui sont adoptés en détail par un acte législatif national spécifique (art. 1er, § 5). Sur cette question, voy. M. Delnoy et R. Snal, « La délivrance ou ratification par le législateur de permis d'urbanisme ou d'environnement au regard du droit européen et de la Convention d'Aarhus », *J.D.E.*, 2014, pp. 50-53.

(29) C.J.U.E., 18 octobre 2011, *Boxus e.a. c. Région wallonne*, aff. C-128/09, *Rec.*, p. I-9711, pt 53. Voy. A. Gouritin, « Arrêt *Boxus* : les droits environnementaux procéduraux en cas d'adoption d'un projet susceptible d'avoir des incidences sur l'environnement », *J.D.E.*, 2012, p. 113.

(30) C.J.U.E., 18 octobre 2011, préc., *Boxus e.a. c. Région wallonne*, pt 54.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

nelles doivent prévaloir au cas où le législateur souhaiterait adopter le plan litigieux.

S'agissant de la directive EIE, les tiers, tout comme les autorités administratives intéressées, doivent pouvoir s'assurer que l'autorité compétente a bien vérifié, selon les règles prévues par le droit national, si une évaluation des incidences d'un projet repris à l'annexe II (31) de la directive était ou non nécessaire. Le respect de cette obligation doit pouvoir être garanti notamment par la voie juridictionnelle. Cette exigence peut se traduire, selon la Cour, par la possibilité d'introduire un recours directement contre la décision prise par l'administration de ne pas effectuer une évaluation des incidences (32).

S'agissant du droit d'exercer un recours prévu à l'article 15*bis* de la directive IPPC, devenu l'article 25 de la directive relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution) – ci-après, « IED ») (33) – disposition similaire à l'article 11 de la directive EIE, la Cour de justice de l'Union européenne estime qu'il doit être interprété à la lumière de l'objectif de cette directive, qui est celui de la prévention et de la réduction intégrées des pollutions (34) : « [...] la garantie de l'effectivité du droit d'exercer un recours prévu audit article 15*bis* exige que les membres du public concerné aient le droit de demander à la juridiction sou à l'organe indépendant et impartial compétent d'adopter des mesures provisoires de nature à prévenir ces pollutions, y compris, le cas échéant, par la suspension temporaire de l'autorisation contestée » (35).

(31) À la différence de la première annexe, l'annexe II énumère les catégories de projets susceptibles d'être soumises au régime d'évaluation, lorsque les États membres considèrent que leurs caractéristiques l'exigent. Ceci dit, les projets de l'annexe II doivent être sélectionnés à la lumière des critères repris à l'annexe III. Il en résulte que les autorités nationales compétentes, saisies d'une demande d'autorisation d'un projet relevant de l'annexe II de cette directive, doivent se livrer à un examen particulier du point de savoir si, compte tenu des critères figurant à cette annexe III, il doit être procédé à une évaluation. *Cf.* C.J.C.E., 23 novembre 2006, *Commission c. Italie*, aff. C-486/04, *Rec.*, p. I-11025, pt 53 ; C.J.C.E., 30 avril 2009, *Christopher Mellor*, aff. C-75/08, *Rec.*, p. I-3799, pt 51.

(32) C.J.C.E., 30 avril 2009, préc., *Christopher Mellor*, pts 57 et 58.

(33) En matière d'établissements industriels, un recours devant une instance juridictionnelle doit être prévu pour contester la légalité, quant au fond et à la forme, des décisions, des actes ou omissions afférents à ce type d'établissements. Directive 2010/75/UE du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution), *JO*, L 334 du 17 décembre 2010, p. 17. Sur cette directive, voy. not. N. Van Damme, « De la directive I.P.P.C. à la directive I.E.D., l'approche intégrée de la pollution industrielle », in C. Verdure (coord.), *Entreprises et protection de l'environnement. Entre contraintes et opportunités*, coll. Jeune Barreau de Liège, Limal, Anthemis, 2012, p. 155.

(34) C.J.U.E., 15 janvier 2013, *Križan*, aff. C-416/10, pt 108.

(35) *Ibid.*, pt 109.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

B. – Ordonnancement de mesures provisoires de nature à suspendre temporairement l'autorisation administrative

Le choix des mesures est, en principe, laissé à la juridiction nationale, laquelle paraît bénéficier d'une certaine marge de manœuvre (36). Or il résulte d'une jurisprudence constante que le juge national saisi d'un litige régi par le droit de l'Union doit être en mesure d'accorder des mesures provisoires en vue de garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir sur l'existence des droits invoqués sur le fondement du droit de l'Union (37).

Conformément à cette jurisprudence, s'agissant des procédures d'évaluation, le principe de coopération loyale (38) va jusqu'à obliger les autorités à prendre toutes les mesures nécessaires, générales ou particulières, y compris « le retrait ou la suspension d'une autorisation déjà accordée », en vue d'éviter que l'exploitation ou la construction de l'ouvrage ne puisse être autorisée en l'absence d'évaluation (39). De telles mesures provisoires s'imposent d'autant plus lorsqu'en leur absence, il ne serait plus possible de prévenir efficacement les pollutions dans l'attente d'une décision définitive sur la légalité de l'autorisation d'exploiter (40). C'est donc l'efficacité de la lutte contre la pollution qui dicte l'ordonnancement des mesures provisoires (41).

Par ailleurs, « la sécurité juridique et la confiance légitime des maîtres d'ouvrage dans des droits acquis » ne font obstacle ni au retrait du permis tant qu'il intervient dans un délai raisonnable, ni à l'introduction par la Commission européenne d'un recours en manquement visant à constater le non-respect des obligations procédurales (42). En effet, l'obligation pour les autorités de remédier aux déficiences en révoquant ou en suspendant l'autorisation contraire aux exigences en termes d'évaluation ne peut être remise en cause au titre du principe de l'autonomie procédurale reconnue aux États membres (43). La poursuite du projet au nom de la sécurité juridique et des attentes légitimes des entrepreneurs reviendrait alors à remettre en cause la primauté du droit de l'Union (44). Il en va de même du droit de propriété garanti par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux (45).

---

(36) C.J.C.E., 24 octobre 1996, préc., *Kraaijeveld*, pt 69.

(37) C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec.*, p. I-2433, pt 21, ainsi que 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.*, p. I-2271, pt 67.

(38) Art. 4, § 3, TUE.

(39) C.J.C.E., 7 janvier 2004, préc., *Wells*, pts 64 et 65.

(40) C.J.U.E., 15 janvier 2013, préc., *Križan*, aff. C-416/10, pt 109.

(41) D. Simon, « Études d'impact », *Europe*, n° 3, mars 2013, p. 37.

(42) C.J.C.E., 4 mai 2006, *Commission c. RU*, aff. C-508/03, *Rec.*, p. I-3639, pts 68 et 69.

(43) C.J.C.E., 7 janvier 2004, préc., *Wells*, pt 65.

(44) J. Komarek, « Infringements in application of Community law : some problems and (im)possible solutions », *Rev. Europ. Adm. L.,* 2007, pp. 87-88.

(45) C.J.U.E., 15 janvier 2013, préc., *Križan*, aff. C-416/10, pts 11-116.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Au demeurant, rien n'empêche, s'il y consent, que le détenteur du permis puisse obtenir la réparation du préjudice subi (46).

IV. – Étendue de la protection juridictionnelle au titre de l'article 9, paragraphe 2, de la Convention d'Aarhus et de l'article 11 de la directive EIE

L'article 9 de la Convention d'Aarhus, intitulé « Accès à la justice », prévoit à ses paragraphes 2 et 4 :

> « 2. Chaque partie veille, dans le cadre de sa législation nationale, à ce que les membres du public concerné [...]
> b) [...] puissent former un recours devant une instance judiciaire et/ou un autre organe indépendant et impartial établi par [la] loi pour contester la légalité, quant au fond et à la procédure, de toute décision, tout acte ou toute omission tombant sous le coup des dispositions de l'article 6 et, si le droit interne le prévoit et sans préjudice du paragraphe 3 ci-après, des autres dispositions pertinentes de la présente convention.
> [...]
> 4. En outre, et sans préjudice du paragraphe 1, les procédures visées aux paragraphes 1, 2 et 3 ci-dessus doivent offrir des recours suffisants et effectifs, y compris un redressement par injonction s'il y a lieu, et doivent être objectives, équitables et rapides sans que leur coût soit prohibitif. [...] »

Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 9 prévoit-il un accès à des procédures juridictionnelles en vue de pouvoir contester la légalité substantielle ou procédurale des décisions d'actes ou d'omissions tombant sous le coup des dispositions de son article 6. Cette obligation est consacrée par la directive EIE qui fut modifiée par la directive 2003/35/CE ayant inséré un article 10*bis* (47) devenu, par la suite, l'article 11, ainsi que par l'article 25 de la directive IED (48), dont les termes sont similaires à ceux de l'article 11 de la directive EIE.

Aussi, la directive EIE tout comme la directive IED prévoient-elles expressément un recours devant une instance juridictionnelle au bénéfice des membres du public concerné. S'agissant du *locus standi*, les États peuvent le soumettre à deux conditions : le texte de la directive prévoit, conformément à la Convention d'Aarhus, que les requérants doivent faire preuve soit d'un « intérêt suffisant pour agir », soit « d'une atteinte à un droit » (49).

Au demeurant, le droit d'ester découlant des articles 9, paragraphe 2, de la convention et des articles 11 de la directive EIE et 25 de la directive IED s'inscrit dans le prolongement du principe de protection juridictionnelle effective consacré à l'article 19, paragraphe 1er, TUE et à l'article 47

(46) *Ibid.*, pt 69.
(47) S'agissant des établissements classés, la directive 2003/35/CE a inséré dans la directive IPPC une disposition identique.
(48) Directive 2010/75/UE D du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution), *JO*, L 334 du 17 décembre 2010, p. 17.
(49) C.J.U.E., 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen*, aff. C-115/09, *Rec.*, p. I-3673, pts 55 et 98 ; C.J.U.E., 7 novembre 2013, *Gemeinde Altrip*, aff. C-72/12, pts 42 et 50.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de la Charte des droits fondamentaux. À première vue, l'insertion de ce droit d'ester dans la directive ne ferait que conforter la protection juridictionnelle étendue consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne depuis l'arrêt *Wells* (50).

Cela dit, la protection juridictionnelle revêt, depuis les modifications apportées, à la directive EIE et à la directive IED en vue de se conformer à l'accord international de nouveaux atours. En effet, le législateur de l'Union européenne a prévu que les ONG œuvrant en faveur de la protection de l'environnement sont réputées « posséder automatiquement » le droit d'agir en justice (51). Ce dispositif leur permet « de bénéficier d'un régime plus favorable que celui dont jouissent les personnes physiques ou morales qui ne se consacrent pas à promouvoir la protection du milieu naturel » (52). Comme nous l'avons déjà indiqué, cette exigence a un effet direct (53).

Il se fait que la notion « d'atteinte à un droit » a fait l'objet dans plusieurs ordres juridiques nationaux d'une interprétation stricte. Tel est, notamment, le cas des droits autrichien et allemand en vertu desquels les recours intentés par des ONG ne sont recevables que si l'acte contesté porte atteinte aux droits des requérants, partant, à leurs droits subjectifs publics (*Schutznormtheorie*) (54). Cela dit, si la liberté des États membres de déterminer la portée des notions de l'article 11 de la directive est encadrée par les principes d'équivalence et d'effectivité, elle l'est aussi par des objectifs de la directive. Aussi, s'il revient aux États membres de définir la notion d'« atteinte à un droit », ceux-ci sont tenus d'assurer « un large accès à la justice » (55).

À cet égard, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel sollicité par un juge allemand, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que les associations de protection de l'environnement devaient pouvoir faire valoir la violation des règles du droit de l'environnement protégeant des intérêts collectifs, outre celles qui protègent des intérêts particuliers (56). Les règles du droit national mettant en œuvre une telle législation, ainsi que les règles du droit de l'Union de l'environnement d'effet direct, doivent être considérées comme des « droits susceptibles de faire l'objet d'une atteinte », dont les

(50) P. Oliver, « Access to information and to justice in EU environmental law : the Aarhus Convention », *Fordham Int'l LJ.*, 2013, vol. 36, n° 5, p. 1450, p. 1442.

(51) Art. 11, 3° , de la directive EIE ; art. 25, 3° , de la directive IED.

(52) Concl. Av. gén. Sharpston sous C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*, aff. C-263/08, pt 43.

(53) *Supra*, n° 5.

(54) C.J.U.E., 12 mai 2011, *Trianel Kohlekraftwer Lünen GmbH & Co. Kg*, aff. C-115/09, pt 29.

(55) *Ibid*., pt 39 ; C.J.U.E., 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen*, préc., pt 39 ; C.J.U.E., 7 novembre 2013, *Gemeinde Altrip*, préc., pt 43. Voy. E.J. Lohse, « Surprise ? Surprise ! – Case C-115/09 (*Kohlekraftwerk Lünen*) – A victory for the environment and a loss for procedural autonomy of the member states », *EPL*, 2012, pp. 249-268.

(56) C.J.U.E., 12 mai 2011, *Trianel*, préc., pt 44.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

associations de défense de l'environnement sont réputées bénéficier (57). En effet, il faut prendre compte du rôle assumé par les ONG, qui est de pouvoir contester tant sur la forme que sur le fond les décisions affectant l'environnement (58). Ces organisations ne peuvent en effet se limiter à faire valoir le respect des droits des particuliers. La limitation à la seule défense des droits subjectifs ne peut donc « s'appliquer telle quelle aux associations de défense de l'environnement » (59).

Même si les États jouissent d'une certaine marge de manœuvre dans la détermination des critères de détermination des ONG pouvant ester (durée et spécificité des activités, dimension territoriale des activités, etc.) (60), il n'en demeure pas moins que les critères quantitatifs qui feraient échec au droit d'ester en justice sont condamnés. L'article 11 de la directive EIE s'oppose en effet « à une législation nationale qui réserve le droit d'exercer un recours contre une décision relative à une opération qui entre dans le champ d'application de cette directive » aux seules associations de protection de l'environnement qui comptent au moins deux mille adhérents (61). De même, les membres du public concerné doivent pouvoir exercer un recours contre la décision par laquelle une instance, appartenant à l'organisation judiciaire d'un État membre, a statué sur une demande d'autorisation de projet, quel que soit le rôle qu'ils ont pu jouer dans l'instruction de ladite demande (62).

V. – Protection juridictionnelle au titre de l'article 9, paragraphe 3, de la Convention d'Aarhus

Si l'on peut se réjouir de la consécration du droit d'ester en justice en vertu de l'article 11 de la directive EIE ainsi que de l'article 25 de la directive IED, il n'en demeure pas moins que ces avancées procédurales se limitent au respect des règles de participation à l'élaboration d'études d'incidences sur l'environnement et à l'autorisation de certains établissements classés. Aussi, les requérants ne peuvent-ils invoquer les articles 11 et 25 et les dispositions

(57) *Ibid.*, pt 48.

(58) Sur le rôle des ONG, voy. C.J.U.E., 11 avril 2013, *David Edwards*, aff. C-260/11, pt 40, ainsi que les concl. de l'avocat général Sharpston sous C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*, aff. C-263/08, pts 59-65. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé, à propos de l'art. 6, § 1er, de la CEDH, que « les ONG jouent un rôle important, notamment en défendant certaines causes devant les autorités ou les juridictions internes, particulièrement dans le domaine de la protection de l'environnement » (Cour eur. D.H., décision du 28 mars 2006, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox – Collectif stop Melox et Mox c. France*).

(59) *Ibid.*, pt 45. Voy. aussi V. Michel, « Droit de recours des associations de protection de l'environnement », *Europe*, no 7, juillet 2011, p. 35.

(60) C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*, aff. C-263/08, *Rec.*, p. I-9967, pt 47.

(61) C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*, préc., pt 52.

(62) *Ibid.*, pt 39. Voy. C. Poncelet, « Case study - Access to justice in environmental matters : recent developments », *ICLR*, 2012, pp. 179-185.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

nationales qui les transposent que pour obtenir l'annulation de décisions administratives rentrant dans le champ d'application des directives EIE et IED. Par conséquent, les autres normes de droit dérivé (directive « habitats », directive « oiseaux », etc.) et le respect par les autorités nationales des exigences de la directive EES échappent au champ d'application de ces deux dispositions. Il en résulte que les avancées engrangées dans le droit secondaire en termes d'accès à la justice demeurent circonscrites à un nombre restreint de polices administratives harmonisées à l'échelle de l'Union européenne. C'est assurément un peu faible eu égard au caractère transversal de cette discipline juridique.

À défaut de pouvoir bénéficier d'une directive transectorielle consacrant expressément le droit à agir, les requérants doivent se contenter d'invoquer l'article 9, paragraphe 3, de la Convention d'Aarhus. En vertu de cette disposition, sans préjudice des procédures de recours prévues au paragraphe 2, les parties contractantes sont tenues d'assurer aux justiciables un large accès au prétoire en matière environnementale :

« les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne » doivent pouvoir « engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement ».

Comme ce paragraphe n'a pas été mis en œuvre par le législateur de l'Union européenne, il revient aux États membres de s'y conformer sans pouvoir s'appuyer pour autant sur des dispositifs d'harmonisation. Par conséquent, dans les matières tombant sous le coup de dispositifs d'harmonisation (conservation de la nature, protection des eaux, des sols, de l'air, etc.), mais échappant aux régimes où l'accès à la justice a été amélioré (EIE, installations classées), le paragraphe 3 de la Convention est appelé à jouer un rôle crucial.

Outre un champ d'application matériel distinct, une seconde différence oppose les paragraphes 2 et 3 de la Convention : alors que la majorité des dispositions de la Convention s'appliquent aux pouvoirs publics, le paragraphe 3 couvre les actes et les omissions tant des autorités que des personnes privées. Son champ d'application personnel est donc plus large que celui du paragraphe 2.

Étant donné que les États membres sont appelés à définir les critères auxquels doivent répondre « les membres du public », la mise en œuvre de l'article 9, paragraphe 3, de la Convention d'Aarhus, à défaut de règles d'harmonisation, est tributaire des traditions juridiques nationales très différenciées. D'un côté du spectre, l'on retrouve le droit de la *common law* qui se caractérise par un esprit d'ouverture à l'égard de l'intérêt à agir des requérants (63) ; à l'autre extrémité, le *locus standi* en droit allemand relève

(63) R. Moules, *Environmental Judicial Review*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 96-107.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

d'une logique davantage subjective qu'objective (64), ce qui s'avère contraire à la Convention.

À nouveau, la marge d'appréciation des États membres est loin d'être absolue. Quoique cette clause générale relative à l'accès à la justice soit dépourvue d'effet direct en raison de son imprécision et de sa conditionnalité (65), la Cour de justice de l'Union européenne a néanmoins jugé, dans son arrêt *Lesoochranárske zoskupenie*, qu'une protection effective des droits des justiciables s'imposait. La grande chambre a répondu à la juridiction de renvoi que le droit national slovaque devait s'interpréter conformément à l'obligation conventionnelle. Il appartient, en effet, aux juridictions nationales « d'interpréter, dans toute la mesure du possible, le droit procédural relatif aux conditions devant être réunies pour exercer un recours administratif ou juridictionnel conformément tant aux objectifs de l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus qu'à celui de protection juridictionnelle effective des droits conférés par le droit de l'Union » (66). Ceci est commandé par la nécessité de donner aux associations de défense de l'environnement la possibilité de contester devant une juridiction nationale une décision prise à l'issue d'une procédure administrative susceptible d'être contraire au droit de l'Union de l'environnement. L'interprétation conforme vient ainsi à gommer l'absence d'effet direct du paragraphe 3 de l'article 9.

VI. – Coût des procédures en vertu de l'article 9, paragraphe 4, de la Convention d'Aarhus et de l'article 11 de la directive EIE

Les coûts des contentieux environnementaux peuvent s'avérer astronomiques, surtout lorsque la partie requérante doit, en cas d'échec, prendre en charge les frais supportés par la partie défenderesse.

En vue d'écarter le caractère dissuasif de la prise en charge des dépens de la partie adverse, l'article 9, paragraphe 4, de la Convention d'Aarhus, intitulé « Accès à la justice » prévoit : « En outre, [...], les procédures [...] doivent être objectives, équitables et rapides sans que leur coût soit prohibitif [...]. » Le libellé de l'article 11, paragraphe 5, de la directive EIE ainsi que celui de l'article 25, paragraphe 4, de la directive EID sont pratiquement similaires, les procédures devant être « régulières, équitables, rapides et d'un coût non prohibitif ». On pourrait conclure que les États membres disposent d'une marge de manœuvre importante, étant donné que ces dispositions ne comportent aucun critère spécifique : seuls les coûts prohibitifs

(64) B. Wegener, « European rigths of action for environmental NGOs », *JEEPL*, 2011, pp. 315-328 ; note sous les arrêts *Lesoochranárske zoskupenie* et *Trianel Kohlekraftwer Lünen*, *CMLRev.*, 2012, n° 49, pp. 787-793.

(65) C.J.U.E., 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK c. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, aff. C-240/09, pt 45.

(66) C.J.U.E., 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie*, préc., pt 51. Voy. la note in *CMLRev.*, 2012, pp. 767-792.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

sont interdits ; rien n'empêche à ce que les dépens raisonnables soient mis à charge de la partie perdante.

Si la Cour avait offert, avant l'entrée en vigueur de ces nouveaux dispositifs, une marge de manœuvre assez considérable aux États membres quant à la détermination des coûts (67), elle fut appelée à interpréter dans son arrêt *Edwards* la portée des termes « d'un coût non prohibitif » insérés dans le dispositif de la directive EIE depuis la modification apportée par la directive 2003/35 (68).

Dans ses conclusions, l'avocat général Kokott avait, conformément à ce qui est prévu par la Convention, mis sur un pied d'égalité, d'une part, la capacité individuelle du requérant découlant du principe de protection juridictionnelle effective au sens de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, d'autre part, l'intérêt général que le requérant poursuit en contestant en justice la décision litigieuse. Bien souvent, les requérants n'ont rien à obtenir sur un plan financier dans la mesure où leurs recours sont intentés dans le dessein de sauvegarder l'intérêt général. À son estime, « [l]e double intérêt à la protection de l'environnement interdit d'éviter les risques de coûts prohibitifs en ne tenant compte que de la capacité financière de ceux qui s'efforcent de faire appliquer le droit de l'environnement. On ne saurait exiger d'eux qu'ils supportent jusqu'à la limite de leur propre capacité financière la totalité du risque en matière de dépens lorsque la procédure sert également, voire exclusivement, l'intérêt général » (69).

La Cour a suivi ce raisonnement. En se fondant sur l'objectif d'accorder un large accès à la justice et sur le respect du droit à un recours effectif, visé à l'article 47 de la Charte, elle a admis que les coûts relevaient d'une dimension tant subjective qu'objective. Elle a, en effet, jugé que « le caractère prohibitif doit [...] s'apprécier globalement, compte tenu de l'ensemble des frais supportés par la partie concernée », « en tenant compte tant de l'intérêt de la personne qui souhaite défendre ses droits que de l'intérêt général lié à la protection de l'environnement » (70). L'analyse objective du montant des dépens est d'autant plus justifiée en raison du « rôle actif » assumé par les particuliers et les associations dans la défense de l'environnement (71).

---

(67) Des redevances de 20 ou 45 euros n'empêchent pas l'exercice de droits de participer à une évaluation des incidences sur l'environnement (C.J.C.E., 9 novembre 2006, *Commission c. Irlande*, aff. C-216/05, *Rec.*, p. I-10787, pt 45 ; 16 juillet 2009, *Commission c. Irlande*, aff. C-427/07, *Rec.*, p. I-6277). De même, des coûts allant jusqu'à 5.000 euros, directement exposés pour la transmission des informations en matière d'environnement, ne devraient pas empêcher les particuliers d'exercer leur droit à l'obtention de ces informations (C.J.C.E., 9 septembre 1999, *Commission c. Allemagne*, aff. C-217/97, *Rec.*, p. I-5087, pts 47 et s.).

(68) C.J.U.E., 11 avril 2013, *David Edwards*, aff. C-260/11.

(69) Concl. Av. gén. J. Kokott présentées le 18 octobre 2012, pt 43.

(70) C.J.U.E., 11 avril 2013, *David Edwards*, aff. C-260/11, pts 28, 35 et 39. Voy. A. Garcia Ureta, « Acceso a la jusicia y costes procesales », *REDA*, 2013, pp. 217-231.

(71) *Ibid.*, pt 40. S'agissant des dispositions de droit secondaire confiant un rôle spécifique aux ONG environnementales, voy. not. les art. 12 et 13 de la directive 2004/35/EC sur la responsabilité environnementale (*JO*, L 143, p. 56) ; l'art. 13, § 3, de la directive IED ; les art. 10

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Aussi à l'analyse subjective liée aux capacités financières du requérant, le coût de la procédure – en l'espèce 88.000 livres sterling – « ne doit ni dépasser les capacités financières de l'intéressé ni apparaître... comme objectivement déraisonnable » (72). En outre, l'appréciation à laquelle doit se livrer la juridiction nationale ne peut reposer uniquement sur les capacités financières estimées d'un requérant « moyen », dès lors que de telles données peuvent n'avoir qu'un lointain rapport avec la situation de l'intéressé (73). Par ailleurs, le juge national peut tenir compte d'un faisceau d'indices comprenant notamment :

- la situation des parties en cause ;
- les chances raisonnables de succès du demandeur ;
- la gravité de l'enjeu pour celui-ci ainsi que pour la protection de l'environnement ;
- la complexité du droit et de la procédure applicables ;
- ainsi que le caractère éventuellement téméraire du recours à ses différents stades (74).

Estimant que la Cour de justice de l'Union européenne n'avait pas répondu à sa question « de manière simple ou directe », le juge de renvoi, la Cour suprême du Royaume-Uni, a jugé qu'il lui était impossible de juger si la somme de 25.000 livres sterling réclamée à un des requérants était, du point de vue objectif, trop élevée (75). Des cinq facteurs énumérés ci-dessus, la Cour suprême considéra, étant donné que l'audition de l'affaire avait demandé trois jours d'audience, que seul celui ayant trait à « la complexité du droit et de la procédure applicables » était pertinent.

VII. – Étendue du contrôle de légalité

La recevabilité en droit administratif national des recours en suspension et en annulation est une chose, tandis que la censure de l'autorisation illégale en est une autre. La portée du contrôle de légalité soulève de nombreuses questions. Quelles illégalités commises dans la mise en œuvre des procédures d'évaluation sont-elles susceptibles d'affecter la validité de l'acte administratif soumis à ce régime ? Dans quelles hypothèses les formes et les procédures sont-elles substantielles ou prescrites à peine de nullité ? Le juge national peut-il contrôler la qualité intrinsèque, le sérieux scientifique, l'indépendance de l'auteur de l'étude, le caractère complet du dossier

---

et 11 du règlement n° 1367/2006/CE concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, *JO*, L 264 du 25 septembre 2006, p. 13.

(72) C.J.U.E., 11 avril 2013, préc., *David Edwards*, aff. C-260/11, pt 40.

(73) *Ibid*., pt 41.

(74) *Ibid*., pt 42.

(75) *R (on the application of Edwards and another) (Appellant) v. Environmental Agency (Respondents)* (No. 2) (2013) UKSC 78.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'évaluation, la prise en compte de risques hypothétiques ou de risques sur le long terme, le respect des procédures de consultation, etc. ? Censure-t-il la décision litigieuse sur la base seulement d'une erreur de droit ou peut-il s'appuyer sur une erreur de fait qui aurait vicié l'évaluation ? Son contrôle n'est-il que marginal en raison de la marge d'appréciation revenant à l'administration ?

A priori, le principe d'autonomie procédurale s'impose à nouveau. Or, même si ces régimes ont conduit les juges administratifs à vérifier principalement la légalité externe des actes, le contrôle doit se faire sur la forme comme sur le fond (76). En effet, la Cour de justice considère que, dans l'hypothèse où les États membres auraient excédé leur pouvoir discrétionnaire, les juridictions nationales sont obligées d'écarter les dispositions nationales contraires (77).

En effet, en prévoyant que les décisions, les actes ou les omissions visés à l'article 11 de la directive EIE doivent pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel pour en contester la légalité, quant au fond ou à la procédure, les auteurs de la directive n'ont « aucunement limité les moyens qui peuvent être invoqués à l'appui d'un tel recours » (78). Il en résulte qu'en limitant le recours au cas d'omission pure et simple d'une évaluation environnementale, la législation allemande ne permet pas de contester la simple irrégularité de l'évaluation environnementale et, partant, s'avère « contraire à l'objectif visant à garantir un large accès aux instances juridictionnelles tel que visé à l'article [11] » de la directive EIE (79).

La plupart des juridictions nationales estiment que, tant que les erreurs procédurales minimes n'exercent pas d'incidence sur la décision finale, elles n'ont pas pour effet d'invalider l'autorisation querellée (80). En vertu de ce critère de causalité, il revient au requérant d'apporter la preuve que la décision finale aurait été différente si elle n'avait pas été affectée par le vice de procédure. Cela dit, une approche plus nuancée peut s'imposer. S'agissant des erreurs procédurales, Peter Oliver propose de les classer dans trois catégories :

a) celles qui sont à ce point graves qu'elles conduisent automatiquement à l'annulation de la décision litigieuse (81) ;
b) celles pour lesquelles la procédure administrative menée aurait abouti à

(76) E. Naim-Gesbert, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant-VUB Press, 1999, p. 598.

(77) C.J.C.E., 24 octobre 1996, *Kraaijeveld*, aff. C-72/95, *Rec.*, p. I-5403, pt 61 ; C.J., 16 septembre 1999, préc., *WWF*, pt 70.

(78) C.J.U.E., 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen*, aff. C-115/09, *Rec.*, p. I-3673, pt 37.

(79) C.J.U.E., 7 novembre 2013, *Gemeinde Altrip*, aff. C-72/12, pt 37.

(80) C.E. fr., 14 octobre 2011, *Sté Ocreal*, req. nº 323257, *AJDA*, 2011, p. 1985 ; C.A.A. Nancy, 13 avril 2000, *Sté routière et de dragages de l'Est*, req. nº 96NC02540, *R.J.E.*, 2002/1, p. 112.

(81) C.J.C.E., 29 octobre 1980, *Roquette frères c. Conseil*, aff. C-138/79 P, *Rec.*, p. 3333.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

un résultat différent si elle n'était pas entachée d'une irrégularité (82) ;

c) celles qui, parce qu'elles sont triviales, ne peuvent conduire la juridiction à annuler l'acte litigieux (83).

Aux yeux de la Cour de justice de l'Union européenne, tout vice de procédure n'emporte pas nécessairement de conséquences de nature à affecter la décision d'autoriser un projet (84). Aussi serait-il *a priori* possible d'éviter la censure si l'administration parvient à démontrer que le résultat n'aurait pas été différent au cas où la forme aurait été respectée. Mais, si le droit national impose au demandeur, pour établir l'atteinte à un droit, de justifier que les circonstances de l'espèce rendent envisageable que la décision contestée aurait été différente sans le vice de procédure invoqué, encore faut-il que la dévolution de la charge de la preuve ne rende pas excessivement difficile l'exercice des droits qui lui sont conférés par la directive EIE, « compte tenu notamment de la complexité des procédures en cause ou de la technicité des évaluations des incidences sur l'environnement » (85). À cet égard, il appartient à la juridiction nationale « de tenir compte notamment du degré de gravité du vice invoqué » et de vérifier en particulier, à ce titre, « s'il a privé le public concerné d'une des garanties instituées en vue, conformément aux objectifs de la directive EIE, de lui permettre d'avoir accès à l'information et d'être habilité à participer au processus de décision » (86).

Ceci tombe sous le sens. Comment le requérant peut-il démontrer que l'absence d'erreur procédurale aurait conduit l'administration à statuer différemment lorsque cette dernière a été convaincue par les bénéfices du projet ?

Le fait que l'évaluation soit de piètre qualité entache donc l'autorisation d'illégalité. Il revient, dès lors, à l'administration d'écarter l'étude ou au juge national de censurer l'autorisation qui serait fondée sur des données scientifiques erronées ou partiales. Qui plus est, les exigences en termes d'évaluation doivent être interprétées à l'aune des principes de prévention et de précaution, principes fondamentaux du droit de l'environnement qui s'imposent, même s'ils ne sont pas expressément consacrés par la directive (87).

(82) C.J.C.E., 2 octobre 2003, *Thyssen Stahl c. Commission*, aff. 194/99 P, *Rec.*, p. I-10821, pt 31.

(83) C.J.C.E., 29 septembre 1987, *Espagne c. Commission*, aff. C-128/86, *Rec.*, p. I-10821, pt 31.

(84) C.J.U.E., 7 novembre 2013, *Gemeinde Altrip*, préc., pts 49 et 50.

(85) *Ibid.*, pt 52.

(86) Pt 54.

(87) Concernant l'application du principe de précaution à la gestion des zones Natura 2000, voy. C.J.C.E., 7 septembre 2004, *Waddenzee*, aff. C-127/02, préc., pt 44. Sur la portée des principes environnementaux, voy. N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles-Paris, Bruylant-A.U.F., 1999.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

VIII. – Responsabilité des États membres

Si l'abstention de la part de l'autorité de droit interne d'exercer le pouvoir discrétionnaire dont une directive lui impose de faire usage est susceptible de causer des dommages à des particuliers, ces derniers peuvent en principe, en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, obtenir réparation en engageant la responsabilité de l'État défaillant pour défaut de transposition de la directive. En effet, les États membres sont tenus, en vertu du principe de coopération loyale consacré à l'article 4, paragraphe 3, TUE, d'effacer les conséquences illicites de toute violation du droit de l'Union. Pour que la responsabilité étatique puisse être engagée, trois conditions doivent toutefois être remplies (88).

Parmi ces conditions, on le sait, le résultat prescrit par la directive doit comporter l'attribution de droits au profit de particuliers (89), droits dont le contenu doit pouvoir être identifié sur la base des dispositions de la directive, la responsabilité étant indépendante de l'effet direct (90).

La directive EIE est capable de conférer aux particuliers un droit à ce que les autorités compétentes fassent évaluer les conséquences d'un projet et les consultent à ce propos (91). Ainsi, la violation de cette directive peut mettre en cause un tel droit « dans des circonstances où l'exposition au bruit résultant d'un projet [...] a des effets notables sur l'homme, en ce sens qu'une maison à usage d'habitation affectée par ce bruit est rendue moins apte à remplir sa fonction et que le milieu environnemental de l'homme, la qualité de vie de celui-ci et, éventuellement, sa santé sont affectés, une dépréciation de la valeur patrimoniale de cette maison peut, en effet, être une conséquence économique directe de tels effets sur l'environnement, ce qu'il convient d'examiner au cas par cas » (92). En revanche ne sont pas couverts « des dommages économiques n'ayant pas leur source directe dans les incidences sur l'environnement et qui, dès lors, ne sont pas couverts par l'objectif de protection poursuivi par cette directive, tel que, notamment, certains désavantages concurrentiels » (93).

La Cour de justice de l'Union européenne cherche donc à distinguer les dommages économiques indirects de ceux qui seraient directement causés par la réalisation du projet sans que l'environnement soit altéré. En raison du caractère extrêmement vaste de la notion d'environnement (94), cette

(88) C.J.U.E., 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e.a.*, aff. C-568/08, *Rec.*, p. I-12655, pt 87.

(89) S'agissant des droits fondamentaux invocables dans les contentieux environnementaux, voy. N. de Sadeleer, « Enforcing EUCHR principles and fundamental rights in environmental cases », *Nordic Journal of International Law*, 2012, n° 81, pp. 39-74 ; *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford, OUP, 2014.

(90) C.J.C.E., 12 octobre 2004, *Peter Paul*, aff. C-222/02, *Rec.*, p. I-9425.

(91) C.J.C.E., 7 janvier 2004, *Wells*, aff. C-201/02, *Rec.*, p. I-723.

(92) C.J.U.E., 14 mars 2013, *Jutah Leth*, aff. C-420/11.

(93) *Ibid.*, pt 35.

(94) N. de Sadeleer, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, ULB, 2010, pp. 39-46.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

distinction paraît fort abstraite. À titre d'exemple, la construction d'un hypermarché provoque un grand nombre de nuisances, mais a aussi pour effet d'évincer les activités commerciales concurrentes dans un certain périmètre. Est-il si aisé de distinguer ces deux catégories d'impacts ? Cela nous semble relever d'une gageure.

En second lieu, la violation doit être suffisamment caractérisée. Pour la Cour, « il convient de tenir compte de la nature de la norme violée ». En prescrivant une évaluation des incidences sur l'environnement, la directive EIE « n'énonce ni les règles de fond relatives à une mise en balance des incidences sur l'environnement avec d'autres facteurs et n'interdit pas non plus la réalisation des projets qui sont susceptibles d'avoir des incidences négatives sur l'environnement. Ces caractéristiques tendent à indiquer que la violation de l'article 3 de ladite directive, à savoir, en l'occurrence, l'omission de l'évaluation prescrite par cet article, ne constitue pas, en principe, par elle-même, la cause de la dépréciation de la valeur d'un bien immobilier » (95). Ainsi, l'imprécision du dispositif de même que la marge de manœuvre réservée aux autorités nationales écartent le spectre d'une violation suffisamment caractérisée (96). Il en résulte que l'absence d'étude « ne confère pas, en principe, par elle-même, un droit à réparation d'un préjudice purement patrimonial causé par la dépréciation de la valeur du bien immobilier générée par des incidences sur l'environnement ». Nous éprouvons certaines difficultés à suivre le fil de ce raisonnement. Certes, c'est l'exploitation de l'aéroport qui sera à l'origine de la moins-value de l'immeuble, et non pas les formalités qui précédent l'autorisation. Mais c'est oublier que l'exploitation de l'aéroport aurait pu être envisagée différemment si ses impacts avaient été évalués à temps.

Conclusions

Les régimes d'évaluation des impacts environnementaux des plans et des projets, harmonisés par le droit secondaire, constituent tout à la fois des instruments de conception, d'aide à la décision, d'information et de participation (97). Fers de lance du principe de prévention, ces régimes procéduraux mettent aussi en œuvre, en raison de l'horizontalité de la démarche, la clause d'intégration consacrée à l'article 11 TFUE et à l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux (98). En effet, il s'agit là d'instruments juridiques privilégiés de la prise en compte de l'environnement dans les

(95) *Ibid.*, pt 46.

(96) En ce sens, D. Simon, « Responsabilité des États membres », *Europe*, n° 5, mai 2013, p. 12.

(97) E. Naim-Gesbert, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 603.

(98) N. de Sadeleer, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, ULB, 2010, pp. 23-31 ; *Idem*, *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford, OUP, 2014, pp. 13-18.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

processus de décision (99).

Ceci dit, l'approche retenue jusqu'à ce jour n'est pas parvenue à freiner la dégradation progressive de l'environnement (100). En effet, les directives EIE et EES revêtent un caractère essentiellement procédural. Même si leur objectif est d'inciter les autorités compétentes, au moment où elles adoptent le plan ou le projet, à pondérer les inconvénients environnementaux avec les éventuels avantages économiques ou sociaux qui pourraient en résulter, il n'en demeure pas moins que ces dernières ont le dernier mot. S'agissant principalement d'obligations de moyens, la protection de l'environnement ne se trouve pas à l'abri en étant retranchée dans une citadelle imprenable. La tutelle environnementale découle sans doute moins des contraintes procédurales que des objectifs de qualité requis par d'autres directives en matière de protection de l'air, des sols et des eaux. En revanche, le dispositif d'évaluation prévu par la directive « habitats » instaure en principe une tutelle écologique sur les projets, les plans et les programmes, ces derniers ne pouvant être autorisés que moyennant le respect d'une kyrielle de conditions.

Faut-il en conclure, quelque peu désabusé, que les études d'impacts se résumeraient à ajouter des documents administratifs à la kyrielle de formalités à remplir par le promoteur, qu'elles ne seraient qu'une étape procédurale supplémentaire qui, aux yeux de certains, alourdit encore davantage la procédure administrative (101) ? Ou, compte tenu de l'essor de la protection juridictionnelle inhérente au respect de ces régimes procéduraux, faut-il apercevoir un changement de paradigme ?

Nous avons tenté de montrer, à la lumière de développements jurisprudentiels récents, que les trois régimes d'évaluation prévus par le droit dérivé se trouvaient actuellement au tournant de leur existence. À plusieurs reprises (arrêts *Waddenzee*, *Inter-Environnement Bruxelles*, *Solvay*, *Boxus*), la Cour de justice de l'Union européenne a écarté une interprétation littérale des textes au profit d'une lecture finaliste de ces directives, ce qui permet de garantir un niveau de protection élevé. La Convention d'Aarhus l'a, au demeurant, conduite à renforcer cette protection. Tantôt le champ d'application de ces actes se trouve élargi, tantôt les obligations procédurales renforcées, tantôt l'accès au juge facilité. Ainsi, les règles de

(99) M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, p. 70 ; J. Untermaier, « Le droit de l'environnement. Réflexions pour un premier bilan », *Année de l'environnement*, vol. 1, 1980, Paris, 1981, p. 58 ; E. Naim-Gesbert, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 594 ; L. Cashman, « Environmental impact assessment », *op. cit.*, p. 68.

(100) AEE, *Europe's Environment. The Dobris Assessment*, Copenhagen, 1995, pp. 599-611 ; AEE, *The European Environment. State and Outlook*, Copenhagen, 2005, pp. 18, 20 et 30 ; AEE, *Europe's Environment. The Fourth Assessment*, Copenhagen, 2007, p. 22 ; Commission européenne, *Environment Policy Review 2008*, *COM*(2009), p. 304 ; AEE, *Progress towards the European 2010 biodiversity target*, Copenhagen, 2009, pp. 17-2 ; AEE, *The European Environment 2010. State and Outlook*, Copenhagen, 2010, p. 15 ; OECD, *Environmental Outlook to 2050*, Paris, 2012.

(101) C.J.U.E., 18 juin 1998, *Gedeputeerde Staten van Noord-Holland*, aff. C-81/96, *Rec.*, p. I-3923, pt 24.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

transposition nationale des dispositions relatives à l'accès à la justice prévues par la directive EIE sont d'interprétation stricte étant donné que la Convention d'Aarhus a pour objectif d'élargir l'accès à la justice (102). Cette avancée est indispensable, dans la mesure où les pouvoirs publics ne sont pas toujours des enfants de chœur. C'est souvent la négligence, l'insouciance, voire la mauvaise volonté, qui expliquent la piètre application des règles de protection. Aussi, les individus et leurs associations sont-ils les garants de la mise en œuvre correcte du droit dérivé. Or, en dépit de ces enseignements jurisprudentiels favorables à la protection juridictionnelle (arrêts *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*, *Trianel Kohlekraftwer Lünen, Gemeinde Altrip)*, force est de constater que les institutions, de peur de franchir le Rubicon, n'ont assurément pas l'intention d'harmoniser davantage les modalités de l'accès à la justice devant les juridictions nationales.

Le droit de l'environnement a commencé à prendre ses sources à partir du début des années 1980 dans les régimes procéduraux que nous venons de décrire. Trois décennies plus tard, avec l'éméritat de notre collègue Claude Blumann, qui a longtemps œuvré pour une application rigoureuse du droit de l'Union européenne, c'est non seulement une génération d'éminents juristes qui s'efface, mais c'est aussi un pan du droit de l'environnement qui est appelé à être ripoliné tantôt par le juge, tantôt par le législateur.

(102) Art. 2, § 5, de la directive EIE et art. 9, § 2, de la convention.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les régimes d'évaluation des incidences des programmes, plans et projets : d'un droit procédural en trompe-l'oeil à une protect...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

LA C.J.C.E.-C.J.U.E. ET LE RÉFORMISME DU LÉGISLATEUR AGRICOLE

Daniel GADBIN

Professeur émérite de droit public de l'Université de Rennes 1
Doyen honoraire de la Faculté de droit et science politique

« Il ne faudrait pas oublier non plus les formidables coups d'accélérateur que la politique agricole commune a su donner au système communautaire dans son ensemble » (1). Ce qui est vrai pour le système institutionnel l'est aussi pour les grands principes qui se trouvent au cœur du droit fondamental de l'Union européenne et dont la construction a été réalisée par la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.-C.J.U.E.).

Depuis longtemps, la Politique agricole commune (PAC) n'est plus aussi fertile : sans doute, le droit de l'Union européenne s'est-il quelque peu stabilisé après sa période pionnière, tandis que la multiplication des politiques faisait perdre à la PAC tout monopole.

Pourquoi donc continuer à porter intérêt à la jurisprudence de la Cour dans le domaine de la PAC ? Sans doute parce qu'elle a conservé toute son importance sous l'angle du droit matériel agricole, qui souffre dans la doctrine juridique française du grand écart entre un droit public traditionnellement rebuté par la matière, à d'heureuses exceptions près (dans la lignée des travaux emblématiques du professeur Claude Blumann), et un droit rural ouvert, mais aspiré par des thématiques de pur droit national et circonspect vis-à-vis de notions de droit communautaire trop peu en phase avec les définitions nationales.

Surtout, il est frappant de constater que la jurisprudence initiale de la Cour en matière de Politique agricole commune ait si bien résisté au temps malgré les évolutions (modestes) du droit originaire et celles (permanentes) du droit dérivé. On peut parler de la réforme, tant elle se poursuit sans cesse même entre les moments les plus forts (quotas en 1984, aides directes en 1992, droits à paiement unique [DPU] en 2003, régulation professionnelle des marchés en 2013). L'incidence croissante des législations communautaires agricoles sur le droit interne s'est traduite par un contentieux dont l'abondance (2) n'a pas fléchi sur le long terme et qui s'est organisé autour de problématiques juridiques et factuelles sans cesse renouvelées du fait d'une succession dans le temps de « paquets » législatifs, eux-mêmes

(1) Cl. Blumann, *Politique agricole commune*, Paris, Litec, 1996, p. 1.

(2) Voy. l'importance des références jurisprudentielles dans un précis de droit agricole européen comme celui de D. Bianchi, *La politique agricole commune*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 646 p.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

en mouvement permanent au point que leur consolidation est facilement prise de vitesse par le paquet suivant (3). L'appréhension de cet abondant contentieux par la Cour lui a permis de bâtir, à partir de principes et de méthodes plus généraux du droit de l'Union européenne, une jurisprudence de référence.

Fidèle à un modèle d'interprétation du traité largement transposable à d'autres politiques, l'institution n'a cessé de soutenir la réforme de la PAC – réforme permanente – et sa mise en œuvre effective, mettant la puissance du droit à son service (I). Toutefois, la jurisprudence agricole de la Cour ne la montre pas invariablement dans un rôle passif de simple accompagnement de la réforme. Derrière la technicité des arrêts, qui s'est amplifiée, la Cour veille plus que jamais sur les règles du jeu de la réforme en cours et sa jurisprudence influe ainsi sur la réforme suivante. Elle est ainsi parvenue à imposer le respect de paramètres qui concourent à assurer la légitimité de la PAC (II).

I. – La puissance du droit au soutien d'une réforme permanente

Le législateur communautaire (de l'Union européenne) bénéficie d'une latitude qui n'a rien à envier à celle du législateur national pour procéder à des modifications textuelles, voire abroger des textes existants et leur en substituer de nouveaux. La Cour offre toutes les ressources de sa jurisprudence pour assurer la protection juridictionnelle du droit de réformer la PAC (A) et se veut, en outre, garante des effets utiles de la réforme (B).

A. – La protection juridictionnelle du droit du législateur agricole de réformer la PAC

Elle implique, sur le fond, une liberté de choix entre toutes les options possibles à laquelle la Cour a voulu donner l'interprétation la plus extensive (1) et, sur le plan procédural, une protection efficace du législateur agricole contre les recours contentieux (2).

1. – La liberté de choix entre les options possibles

La reconnaissance par la Cour d'un large pouvoir discrétionnaire du législateur dans l'établissement et la conduite de la Politique agricole commune, qui implique des appréciations économiques complexes, est récurrente dans sa jurisprudence et revêt de multiples facettes qui sont bien connues (b). Il n'a, au contraire, pas été assez souligné que la Cour se montre particulièrement vigilante quant au respect par le législateur agricole de sa propre liberté de réforme, que certaines modalités de la Politique agricole commune pourraient venir menacer (a).

(3) Voy. la proposition d'OCM unique (*COM*[2010] 799 final du 21 décembre 2010), obsolète du fait de la réforme 2014-2020.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

a) *L'obligation de « garder les mains libres »*

En réformant la PAC, les institutions ne peuvent pas adopter des dispositions qui entraveraient leur liberté de réforme. L'illustration la plus emblématique est fournie par l'exemple des « droits à produire » dont il faudra sous peu parler au passé, puisque la réforme 2014-2020 a programmé leur extinction. Le législateur les a parfois conçus de telle sorte que leur appropriation privée a pu paraître inévitable (4). Il est clair que la dissociation du foncier de tels droits et l'autorisation de leur transfert à titre onéreux peuvent conduire à admettre l'existence d'un droit de propriété sur eux. Or la Cour se méfie d'une telle dérive, lançant même un avertissement très explicite au législateur à ce sujet : « le transfert de quotas à titre onéreux » impliquerait un titre de propriété, dit la Cour, et cela affecterait « la flexibilité propre à cet instrument de régulation du marché » (5). En clair, le législateur doit pouvoir modifier les quotas s'il le juge nécessaire, les diminuer, voire les supprimer, sans indemnités ni avoir à s'exposer à des procédures d'expropriation.

En droit communautaire (de l'Union européenne), l'expression « droits à produire », très à la mode en France, n'est pas reçue et l'on s'en fait une conception beaucoup plus proche des autorisations administratives à titre précaire. Ainsi, dans la mesure où il a fallu, dans le cadre de la réforme 2014-2020, conserver un certain contrôle des plantations de vigne, on a abandonné les « droits » de plantations au profit des « autorisations » de plantations.

L'exercice d'un droit de propriété sur les quotas de production et autres « droits » à primes présente donc des risques du point de vue de la « liberté de réforme » du législateur agricole. Cette conclusion s'étendrait très probablement à tout instrument économique qui n'offrirait pas une « flexibilité » suffisante.

Et ce n'est pas l'exemple des droits à paiement unique (DPU) qui s'oppose à cette analyse (6) : incontestablement distincts des droits à produire (7), leur découplage très imparfait et leur finalité sociale douteuse autorisent à les maintenir dans la catégorie des mesures économiques d'accompagnement de l'intervention sur les marchés, agissant plus directement que les instruments classiques sur les revenus. Le législateur agricole s'est montré particulièrement prudent quant à leur régime : après avoir admis leur transfert à titre onéreux, il a précisé que les régimes de soutien qu'il institue peuvent être réexaminés à tout moment, en fonction de l'évolution des

(4) Voy. L. Lorvellec, *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, Paris, Dalloz, 2002 p. 187 ; D. Krajeski, *Droit rural*, Defrénois, 2009, p. 322. *A contrario* : V. Barabé-Bouchard et M. Hérail, *Droit rural*, 2e éd., Ellipses, pp. 79 et s. ; H. Bosse-Platière, F. Collard, B. Grimonprez, T. Tauran et B. Travely, *Droit rural*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 687.

(5) C.J.C.E., 20 novembre 2003, *Sociedad cooperativa general agropecuaria*, aff. C-416/01, *Rec.*, p. I-14083.

(6) Même si on leur confère une nature patrimoniale : V. Barabé-Bouchard et M. Hérail, *Droit rural*, 2e éd., p. 81.

(7) D. Bianchi, *La politique agricole commune*, *op. cit.*, p. 244.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

marchés et de la situation budgétaire. Un signal probablement rassurant pour la Cour…

b) *Le droit à une marge d'appréciation discrétionnaire*

Ce droit est martelé par le juge arrêt après arrêt. Il résulte du système d'attribution des compétences initialement retenu par le traité pour la PAC et étendu aux autres politiques un système qui repose sur la fixation d'un cadre souple d'objectifs, de méthodes et de procédures. Il s'applique aussi bien au choix du système d'objectifs et des instruments d'intervention qu'au traitement des situations concrètes.

Le libre choix du système d'objectifs et des instruments d'intervention. – Techniquement, la marge d'appréciation des institutions repose sur l'importance décisive reconnue par le juge à des objectifs de la PAC, peu précis, mal conciliables entre eux et qu'il se refuse à hiérarchiser (8), permettant ainsi aux institutions de donner à tel ou tel d'entre eux la prééminence temporaire qu'imposent les faits ou les circonstances économiques.

De plus, les frontières de ce système d'objectifs ne sont pas étanches, puisque le traité appelle à tenir compte d'autres finalités ou exigences impératives d'intérêt général que les cinq objectifs basiques de l'article 39, paragraphe 1er, TFUE, celles qui résultent tant du paragraphe 2 de ce même article que de clauses de cohérence mentionnées ici et là dans le traité.

Il en résulte de nombreuses difficultés, par exemple lorsqu'il y a lieu de déterminer le périmètre de compétence de l'Union européenne au titre de la PAC (9).

L'importance jurisprudentielle du système d'objectifs s'explique par sa fonction dans la mise en œuvre du principe de proportionnalité qui constitue le principal moyen de contrôle du législateur dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, dès l'instant où le traité laisse une grande liberté au législateur dans le choix des instruments d'intervention. Par exemple, si la PAC dispose depuis presque toujours d'un deuxième « pilier » (le développement rural), il n'en a jamais été directement question dans le traité, mais il était facile d'en démontrer la nécessité au regard du système modulable de ses objectifs.

De la même manière, l'obligation d'établir l'Organisation commune de marchés (O.C.M.) ne commence qu'à partir du moment où le Conseil (et, désormais, le Parlement) le juge nécessaire pour la réalisation de ces objectifs. Si le maintien d'organisations nationales de marché est contraire au marché commun depuis la fin de la période de transition (10), leur remplacement par l'O.C.M. n'a pas été systématique et il faudra attendre 2014 pour que cette organisation se généralise.

(8) C.J.C.E., 24 octobre 1973, *Balkan-Import-Export c. Hauptzollamt Berlin-Packhof*, aff. C-5/73, *Rec.*, p. 1091.

(9) Voy. *infra*.

(10) C.J.C.E., 10 décembre 1974, *Charmasson*, aff. C-48/74, *Rec.*, p. 1383.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Le législateur choisit aussi librement la forme de l'O.C.M. parmi les trois proposées par le traité (organisation européenne, coordination d'organisations nationales et règles communes de concurrence) et peut moduler ce choix selon les secteurs de production, voire associer ces formes dans un seul et même secteur. Seule serait condamnable une insuffisante coordination d'organisations nationales de marchés. L'accentuation des règles communes de concurrence et le recul de l'organisation européenne du marché dans la nouvelle organisation commune de marché unique pour la période 2014-2020 ne sauraient donc en eux-mêmes en affecter la validité.

Enfin, la Cour n'entend pas orienter le législateur vers certains instruments d'intervention plutôt que d'autres (11), et n'a pas fait obstacle, sous réserve de leur garder une flexibilité suffisante, au choix d'instruments très « dirigistes » tels que l'arrachage obligatoire de plants de vigne (12) ou les quotas de production (13), pourvu qu'ils n'entraînent pas de discrimination entre producteurs (14). Le droit de propriété n'a généralement pas été assez puissant pour faire obstacle devant le juge aux mécanismes qu'imposait, selon le législateur, la réalisation des objectifs de la PAC (15).

La marge d'appréciation discrétionnaire dans le traitement des situations concrètes. – Elle se traduit par la fréquence d'un contrôle minimal sur la base du principe de proportionnalité (16). L'attitude réservée de la Cour est illustrée par sa jurisprudence sur le principe de précaution, qui peut être très utile pour approfondir le contrôle de proportionnalité des mesures de sécurité sanitaire. Mais sa première utilisation par la Cour en faisait un principe auxiliaire du pouvoir discrétionnaire (17) et, par la suite, elle a cherché à prendre appui sur sa mise en œuvre législative, notamment à travers des procédures imposées d'évaluation scientifique des risques (18), évitant soigneusement d'en faire un principe général du droit s'imposant au législateur (19).

(11) Ainsi, la préférence communautaire n'est-elle pas une exigence légale (C.J.C.E., 13 mars 1968, *Beus GmbH & co c. Hauptzollamt München*, aff. C-5/67, *Rec.*, 1968, p. 125).

(12) C.J.C.E., 13 décembre 1979, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-44/79, *Rec.*, p. 3727.

(13) C.J.C.E., 15 décembre 1984, *Sermide*, aff. C-106/83, *Rec.*, p. 4209.

(14) Concernant l'incorporation obligatoire de lait en poudre, C.J.C.E., 5 juillet 1977, *Oelmuelhe Hamburg AG*, aff. jtes C-119 et 120/76, *Rec*., p. 1269.

(15) Sur l'abattage systématique d'animaux sans indemnisation obligatoire, C.J.C.E., 10 juillet 2003, *Booker aquaculture et Hydro Seafood*, aff. jtes C-20/00 et C-64/00, *Rec*., p. I-7411. Dans le même sens, pour une interdiction d'utiliser une dénomination désignant une variété de vigne, C.J.C.E., 12 mai 2005, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA*, aff. C-347/03, *Rec.*, p. I-3785.

(16) C.J.C.E., 21 juin 1979, *Buitoni c. FORMA*, aff. C-122/78, *Rec.*, p. 677, pt 16.

(17) C.J.C.E., 5 mai 1998, *Royaume-Uni c. Commission*, aff. C-180/96, *Rec*., p. I-2269.

(18) C.J.C.E., 2 décembre 2004, *E. Gavrielides*, aff. C-398/03, *Rec.*, p. I-11463.

(19) Concl. A. Tizzano sous C.J.C.E., 6 décembre 2005, *Abna e.a.*, aff. jtes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, *Rec.*, p. I-10423.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Un lien étroit s'établit également entre le principe de proportionnalité et le principe de non-discrimination entre producteurs (20). Des différences de traitements seront admissibles en raison de différences de situations au regard des objectifs de Politique agricole commune poursuivis (21)… à condition de ne pas être disproportionnées par rapport à ces objectifs.

Il n'en demeure pas moins que le législateur agricole de l'Union européenne dispose d'une certaine latitude pour s'autolimiter dans l'usage de sa marge d'appréciation discrétionnaire : ainsi, en matière de contrôle d'aides d'État, la Cour reconnaît-elle à la Commission le pouvoir de se doter d'orientations par voie de lignes directrices pour l'exercice de ses pouvoirs d'appréciation.

2. – Une protection efficace contre les recours contentieux

Il est certain que, dans le domaine de la PAC comme dans d'autres, le système de voies de recours en droit communautaire (de l'Union européenne) est propice à la liberté de réforme du législateur agricole. L'adoption de la réforme par voie de réglementation de portée générale et de nature normative fait obstacle à la recevabilité de recours individuels directs en annulation devant le juge communautaire. Ainsi, même une réforme mettant en place des quotas de production, où l'identification des opérateurs concernés est facilitée, n'est pas pour autant privée de sa portée générale et, donc, de sa nature normative (22). Il sera alors difficile de faire état de qualités particulières ou d'une situation de fait caractérisant le requérant par rapport à toute autre personne ou de se prévaloir de garanties procédurales particulières.

La réforme ne pourra donc être contestée que de manière indirecte, à l'occasion de sa mise en œuvre, lors de contentieux qui ne la remettront jamais globalement en cause (23). Encore les recours peuvent-ils se compliquer face à la multiplication des règlements ouverts habilitant les États membres à prendre des mesures d'application et comportant des dispositions sans effet direct (24) sans que la jurisprudence de la Cour sur l'interprétation conforme en matière de directive non transposée trouve à s'appliquer (25).

---

(20) Sur la notion, voy. C.J.C.E., 24 octobre 1973, *Balkan Import Export*, aff. C-5/73, *Rec.*, p. 1091 ; C.J.U.E., 17 octobre 2013, *Herbert Schaible c. Land Baden-Württemberg*, aff. C-101/12, non encore publ.

(21) C.J.C.E., 6 juillet 2000, *Eridania*, aff. C-289/97, *Rec.*, p. I-5409 (régionalisation des prix dans le secteur du sucre) ; C.J.C.E., 11 mai 2000, *Gascogne Limousin Viandes*, aff. C-56/99, *Rec.*, p. I-3079 ; C.J.C.E., 23 mars 2006, *Unitymark e.a.*, aff. C-535/03, *Rec.*, p. I-2689.

(22) TPI, 8 juillet 1999, *Eridania Zuccherifici Nazionali e.a. c. Conseil*, aff. T-158/95, *Rec.*, p. II-2817.

(23) Voy. l'abondant contentieux « producteurs SLOM » dans le contexte des quotas laitiers, not. C.J.C.E., 19 mai 1992, *Mulder*, aff. jtes C-104/89 et C-37/90, *Rec.*, p. 3061.

(24) C.J.C.E., 27 septembre 1979, *Eridiana*, aff. C-230/78, p. 2749 ; C.J.C.E., 27 novembre 1997, *Mathias Witt c. Amt für Land und Wasserwirtschaft*, aff. C-356/95, *Rec.*, p. 6589.

(25) C.J.C.E., 11 janvier 2001, *Azienda agricola Monte Arcosu*, aff. C-403/98, *Rec.*, p. I-103.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Il ne reste plus alors aux particuliers qu'à invoquer la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire.

Autre obstacle de taille aux recours dans le domaine de la PAC : l'autonomie du droit agricole communautaire (de l'Union européenne) vis-à-vis du droit de l'O.M.C. Alors que ces accords ont un impact grandissant sur la réforme de la PAC, il n'est pas possible de les invoquer, ni les décisions de l'organe de règlement des différends, en vue d'invalider ses dispositions (26), sauf dans des hypothèses très limitées strictement interprétées par la Cour (27). En revanche, la Cour se réfère aux conventions internationales auxquelles la Communauté est partie pour interpréter ou opposer aux requérants des actes communautaires internes qui traduisent des engagements externes pris par la Communauté (28).

Il est cependant à remarquer que, si la PAC peut ainsi être réformée, en l'état actuel du droit, sans préoccupation excessive de conformité aux accords O.M.C. (29), elle n'a aucune prise sur la politique commerciale qui étend, à l'inverse, ses effets sur elle.

Enfin, dernier obstacle aux recours : l'absence de droits acquis au maintien des avantages résultant de la réforme (30) et la faible portée du principe du respect de la confiance légitime sauf dans des situations très particulières comme celle, par exemple, des producteurs SLOM. En ce sens, la réforme de 2003 instituant les DPU ne rendait les producteurs titulaires de tels droits que tant qu'elle s'appliquait et ne garantissait nullement le maintien des aides auxquelles leur activation pouvait donner droit.

B. – La Cour, garante des effets utiles de la réforme

De ce point de vue, la Cour fait pleinement jouer les grands principes du droit communautaire (de l'UE). L'un, l'invocabilité des dispositions de la réforme devant le juge national, est d'origine jurisprudentielle et a joué un rôle essentiel dans la construction du droit communautaire général (1). L'autre, le principe de coopération loyale, est issu du droit originaire (2).

---

(26) C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, aff. C-149/96, *Rec.*, p. I-8395 ; C.J.C.E., 1er mars 2005, *Léon Van Parys c. BIRB*, aff. C-377/02, *Rec.*, p. I-1465.

(27) Voy. la non-invocabilité dans le contentieux de la banane après l'arrêt C.J.C.E., 5 octobre 1994, *Allemagne c. Conseil*, aff. C-280/93, *Rec.*, p. I-4973. Pour un cas d'invalidation, voy. C.J.C.E., 13 décembre 2001, *Kloosterboer Rotterdam*, aff. C-317/99, *Rec.*, p. I-9863.

(28) C.J.C.E., 4 juillet 2000, *Regina c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte : S.P. Anastasiou (Pissouri) Ltd. e.a.*, aff. C-219/98, *Rec.*, p. I-5241 ; C.J.U.E., 10 novembre 2011, *X. c. Inspecteur van de Belastingdienst/Y* et *X. B.V. c. Inspecteur van de Belastingdienst/P*, aff. jtes C-319-10 et C-320/10, *Rec.*, p. I-167.

(29) Sur l'épée de Damoclès de la responsabilité sans faute, voy. TPI, 14 décembre 2005, *FIAMM c. Conseil de l'Union et Commission*, aff. T-69/00, *Rec.*, p. II-5293.

(30) C.J.C.E., 2 juin 1976, *Kurt Kampfmeyer Mühlenvereinigung Kg e.a. c. Commission et Conseil*, *Rec.*, p. 711.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

1. – L'invocabilité des dispositions de la réforme devant le juge national

Cette invocabilité assure, comme en d'autres domaines, la pleine efficacité de la législation agricole. On prendra, pour illustrer le propos, deux exemples très éloquents. Dans la première affaire, la Cour reconnaît le droit d'un opérateur à invoquer un règlement communautaire relatif aux normes de qualité applicables aux fruits et légumes à l'encontre d'un concurrent qui ne respectait pas ces normes, dans le cadre d'un procès civil (31). L'argumentation de la Cour repose sur une jurisprudence classique (le règlement est apte à conférer aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger), mais aussi sur la nécessité d'assurer la pleine efficacité de la réglementation et son effet utile.

Le deuxième exemple concerne la jurisprudence favorable aux recours des entreprises concurrentes des entreprises bénéficiaires d'aides d'État litigieuses. Sont ainsi accueillis les recours de « tout intéressé, non seulement l'entreprise ou les entreprises favorisées par l'aide, mais tout autant les personnes, entreprises ou associations éventuellement affectées dans leurs intérêts par l'octroi de l'aide, notamment les entreprises concurrentes et les organisations professionnelles. Il s'agit, en d'autres termes, d'un ensemble indéterminé de destinataires » (32).

2. – Le principe de coopération loyale

L'autre principe, qui aura permis d'œuvrer à la mise en œuvre effective de la réforme, est issu du droit originaire : le principe de coopération loyale a été fortement mobilisé, dans un contexte d'organisation commune de marchés centralisée, aux règles uniformément applicables dans tous les États membres, de telle sorte qu'ils ne devaient en compromettre ni les objectifs ni le fonctionnement (33). Il joue dans les deux sens du devoir d'abstention (a) et d'agir (b).

a) Devoir d'abstention

Il conduit à proscrire les possibilités d'interventions étatiques dans les domaines totalement harmonisés de la PAC et de l'OCM sauf autorisation expresse (34).

De plus, un opérateur ne peut mettre sa confiance légitime dans des dispositions nationales contraires à des dispositions précises du droit communautaire (35).

---

(31) C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Antonio Munoz*, aff. C-253/00, *Rec.*, p. I-7289.

(32) TPICE, 31 janvier 2001, *Weyl Beef Products c. Commission*, aff. T-197/97, *Rec.*, p. II-303.

(33) C.J.C.E., 26 février 1976, *Sadam e.a.*, aff. C-88-90/75, *Rec.*, p. 323 et *Tasca*, aff. C-65/75, *Rec.*, p. 291.

(34) C.J.C.E., 23 janvier 1975, *F. Galli*, aff. C-31/74, *Rec.*, p. 47 ; C.J.C.E., 22 octobre 2002, *National Farmers'Union*, aff. C-241/01, *Rec.*, p. I-9108.

(35) C.J.C.E., 26 avril 1988, *Krücken*, aff. C-316/86, *Rec.*, p. 2213, pt 24 ; C.J.C.E., 15 juillet

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Il est vrai que la réforme permanente de la PAC évolue vers une multiplication d'autorisations expresses qui conduisent certains à parler de « renationalisation ». On fera simplement remarquer que le traité ne l'interdit nullement et que, dans l'hypothèse où l'on évoluerait vers une coordination d'organisations nationales de marchés, on ne sortirait pas pour autant du cadre de l'Organisation commune de marchés ni de la PAC au sens de ce traité. En contrepartie de ces autorisations nombreuses, les contrôles de toute nature se renforcent et, notamment, celui des aides d'État illégalement octroyées (36) avec obligation de les récupérer (37).

Il est vrai qu'en retour, les États membres tentent d'introduire dans les textes communautaires toutes sortes de possibilités de dérogations, d'habilitations à agir, qui peuvent accréditer l'idée d'une réforme à la carte, sinon d'une renationalisation de la PAC, et contribuer à la complexification des textes.

b) *Devoir d'agir*

Sous cette rubrique, les illustrations ne manquent pas non plus. Ainsi, en matière de quotas laitiers, les États membres doivent-ils prendre les mesures permettant d'assurer le recouvrement du prélèvement supplémentaire directement auprès du producteur dans l'hypothèse où le mécanisme prévu par la réglementation communautaire (recouvrement auprès de l'acheteur) serait voué à l'échec (38). De même doivent-ils agir pour assurer le paiement intégral des aides directes (39). Pour la Cour, c'est une obligation de résultat qui s'impose non seulement aux États membres, mais aussi aux opérateurs tels que coopératives ou associations de coopératives agricoles, tant et si bien qu'il n'est pas possible de renoncer au paiement intégral des aides, même par voie d'accords entre les bénéficiaires et les coopératives.

La Cour veille aussi à l'efficacité des systèmes nationaux de contrôle des dépenses garantissant que les sommes versées par la Communauté sont utilisées conformément à leur destination, et à la bonne gestion des deniers communautaires. Les États, instances d'exécution par excellence, doivent prendre les mesures qui s'imposent même en l'absence de dispositions communautaires spécifiques. Si la Commission possède un élément de preuve du doute sérieux et raisonnable qu'elle éprouve à l'égard des contrôles effectués par les autorités nationales, elle peut refuser la prise en charge de la dépense au moment de l'apurement des comptes. Or la qualité insuffisante des contrôles sur place de la part des États membres constitue un élément

---

2004, *Willy Gerekens et Association agricole pour la promotion de la commercialisation laitière Procola c. Luxembourg*, aff. C-459/02, *Rec.*, p. I-7315.

(36) P. ex., C.J.C.E., 12 décembre 2002, *France c. Commission*, aff. C-406/00, *Rec.*, p. I-11949.

(37) C.J.C.E., 29 avril 2004, *Grèce c. Commission*, aff. C-278/00, *Rec.*, p. I-3997.

(38) C.J.C.E., 15 janvier 2004, *Intervention Board for agricultural produce*, aff. C-230/01, *Rec.*, p. I-937.

(39) C.J.C.E., 27 octobre 2005, *Grèce c. Commission*, aff. C-387/03, non publ. au *Recueil*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de doute sérieux quant à la mise en place d'un ensemble adéquat de mesures de surveillance et de contrôle. Il ne suffit pas à l'État d'expliquer qu'il a nommé des contrôleurs ou diffusé des circulaires. Il faut que les contrôles aient été effectivement réalisés. La Commission peut même extrapoler ses contrôles d'une région à une autre, voire à l'État tout entier (40).

L'État membre doit apporter alors la preuve que tout est normal. Les infractions au devoir de coopération loyale des États sont durement sanctionnées par la Cour qui laisse les montants indus à la charge des autorités nationales (41), les charges administratives résultant de l'obligation de récupération de ces montants ne constituant pas des troubles graves pouvant justifier une éventuelle limitation des effets dans le temps des arrêts (42). Si les recours des États membres contre les décisions d'apurement des comptes se sont multipliés, ils ont peu de chances d'aboutir lorsque la Commission a dûment respecté le caractère contradictoire de la procédure.

Cette jurisprudence très favorable à la Commission doit l'encourager à assurer un contrôle suffisant des dépenses effectuées sous la responsabilité des autorités nationales – d'où un dispositif sans cesse plus impressionnant de règles communautaires destinées à encadrer les systèmes nationaux de contrôle – et à récupérer les montants indus. Le législateur agricole ne peut qu'en être encouragé à respecter les paramètres jurisprudentiels dans l'élaboration de la réforme.

II. – Le respect des paramètres jurisprudentiels, facteur de légitimation de la réforme

La Cour dégage donc la voie choisie par le législateur et veille à la bonne circulation de ses actes, mais elle sait aussi lui opposer des sens interdits, lui fixer des limitations de vitesse (les règles du jeu jurisprudentielles) (A) et même appeler son attention sur des questions sensibles et le guider dans leur résolution (l'expertise de ses textes) (B).

A. – La légitimation de la réforme par l'observation des règles du jeu jurisprudentielles

Les sens interdits résultent des règles de répartition des compétences (1) et les limitations de vitesse du principe de progressivité (2).

(40) C.J.C.E., 4 mars 2004, *Allemagne c. Commission*, aff. C-344/01, *Rec.*, p. I-2081.
(41) P. ex., C.J.C.E., 24 mars 1998, *Royaume-Uni c. Commission*, aff. C-347/85, *Rec.*, p. 1749 ; C.J.C.E., 18 avril 2002, *Belgique c. Commission*, aff. C-332/00, *Rec.*, p. I-3609.
(42) C.J.C.E., 10 décembre 2000, *J. H. Cooke*, aff. C-372/98, *Rec.*, p. I-8683.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

1. – Les règles de répartition des compétences

Elles reposent elles-mêmes sur le principe d'attribution des compétences (a) et sur la définition du champ de compétence de la PAC (b) et ont dû faire l'objet de nombreuses mises au point jurisprudentielles.

a) *Principe d'attribution des compétences*

Les institutions ont l'obligation de préserver et d'utiliser leurs compétences. Il leur est interdit de les déléguer, sauf autorisation expresse dans le traité, à des organes non mentionnés dans celui-ci. Par exemple, les institutions ne sauraient être liées par les avis de tel ou tel comité scientifique, ni même par ceux d'une agence européenne.

Si les délégations de pouvoirs d'exécution à la Commission sont prévues depuis toujours par le traité et si les conditions procédurales ont pu en être fixées avec précision, il n'en est pas de même de leur champ d'application au fond alors même que le rôle de la Commission est capital pour assurer l'effectivité et l'efficacité de la réforme. La Cour a reconnu que le Conseil peut se limiter à fixer les règles essentielles de la réforme traduisant les orientations fondamentales de la politique communautaire et qu'il peut déléguer à la Commission des pouvoirs d'exécution en termes généraux. Cette clause générale d'habilitation, qui se retrouvait dans les diverses organisations communes de marchés, donnait, par exemple, le pouvoir à la Commission de fixer des sanctions pour violation du droit communautaire (43).

La Cour veillera bien entendu à ce que la Commission ne dépasse pas les limites des habilitations contenues dans la législation de base.

Ce système suppose que les textes de la réforme offrent toute la clarté nécessaire, ce qui ne fut pas le cas de la réforme de 2003. Le risque est alors de voir la Commission s'efforcer de la clarifier par des actes innommés de portée juridique très aléatoire et qui ne pourront jamais prévaloir sur l'interprétation des textes par le juge.

Il n'est pas certain que ce risque soit écarté par le processus d'alignement sur le Traité de Lisbonne, même si ce dernier oblige à être beaucoup plus précis sur la détermination des éléments essentiels de la réforme en raison des actes délégués qui permettent à la Commission de se saisir des éléments non essentiels, tout en les distinguant de ceux relevant des pouvoirs d'exécution. Les textes de la réforme s'alourdissent de nombreuses et longues listes détaillant pouvoirs délégués et pouvoirs d'exécution et, dans le cadre de la réforme 2014-2020, elles semblent déjà donner lieu à des batailles d'interprétation qui ne devraient pas manquer d'avoir des retombées contentieuses.

(43) C.J.C.E., 27 octobre 1992, *Allemagne c. Commission*, aff. C-240/90, *Rec.*, p. I-5383.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

b) *Champ de compétence de la PAC*

Le système dérogatoire de la PAC appelle une interprétation restrictive de son champ d'application (44). Ce principe une fois posé, sa mise en œuvre reste très délicate en raison d'un système d'objectifs de la PAC à géométrie incertaine et de son croisement complexe avec de nombreuses autres politiques. Dans certains cas, ce croisement ne débouche sur aucun conflit. Ainsi, la politique commerciale jouit-elle d'une autonomie que la PAC ne saurait venir entamer. De même, le marché commun (intérieur) commande-t-il d'interdire dans le domaine de la PAC les droits de douane et taxes d'effet équivalent car le traité ne prévoit pas de dérogation (45), tandis que les règles spécifiques en faveur de monopoles nationaux à caractère commercial peuvent être admises (46). Mais, dans d'autres cas, le conflit est inévitable : ainsi, le choix de la Cour fut-il lourd d'implications lorsqu'elle fit basculer les questions vétérinaires dans le domaine de la PAC plutôt que dans celui du marché commun à l'occasion de l'affaire des hormones (47). Le Traité d'Amsterdam, interprété de manière extensive, lui fournit l'occasion d'un nouveau transfert moins discutable de ces questions dans le domaine de la santé publique (48). La Cour ne remit pas en cause le maintien en dehors de la PAC des législations poursuivant à titre principal des objectifs de politique environnementale, qu'elles aient pour objet la pollution des eaux par les nitrates, les autorisations de dissémination des OGM ou la protection des forêts (49). Mais elle maintint dans son giron les méthodes de production agricole compatibles avec les exigences de la protection de l'environnement (50).

Dans deux domaines, le croisement avec la PAC fait l'objet d'une jurisprudence qui laisse subsister bien des doutes. Sachant que ni les DPU ni les nouveaux droits institués par la réforme 2014-2020 ne constituent des aides directes au revenu à caractère social, pourrait-on faire entrer des aides sociales dans le champ d'application de la PAC ? Contrairement à ce qu'on pourrait croire, l'exclusion de la PAC des aides aux plus démunis à la suite de l'arrêt du Tribunal du 13 avril 2011 ne résulte pas de cet arrêt lui-même, qui constate seulement que la mise en œuvre de ce régime n'a pas été conforme aux modalités prévues par le règlement d'OCM unique (51). En revanche, il existe une forte probabilité que, si le législateur voulait réintroduire ces

(44) C.J.C.E., 14 décembre 1962, *Commission c. Grand-Duché de Luxembourg et Royaume de Belgique*, aff. jtes C-2 et 3/62, *Rec.*, p. 813 ; C.J.C.E., 15 octobre 1969, *Commission c. Italie*, aff. C-16/69, *Rec.*, p. 377.

(45) C.J.C.E., 13 novembre 1964, *Commission c. Luxembourg et Belgique*, aff. C-90/63, *Rec.*, p. 1217.

(46) C.J.C.E., 29 novembre 1978, *Pigs Marketing Board*, aff. C-83/78, *Rec.*, p. 2347.

(47) C.J.C.E., 23 février 1988, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-68/86, *Rec.*, p. 893.

(48) C.J.C.E., 6 décembre 2005, *Abna*, aff. C-453/03, préc.

(49) C.J.C.E., 25 février 1999, *Parlement européen c. Conseil*, aff. jtes C-164/97 et C-165/97, *Rec.*, p. I-1139.

(50) C.J.C.E., 19 septembre 2002, *Huber*, aff. C-336/00, *Rec.*, p. I-7699.

(51) TPI, 13 avril 2011, *République fédérale d'Allemagne c. Commission*, aff. T-576/08, *Rec.*, p. II-1578.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

aides dans la PAC avec leurs modalités litigieuses et contre la volonté de l'Allemagne, le contentieux que cet État membre initierait en arguant du caractère étranger à la PAC d'un objectif prédominant de politique sociale aurait beaucoup de chances de prospérer.

Reste la délicate question des règles de concurrence : même si la primauté de la PAC par rapport aux règles de concurrence est clairement reconnue en cas de conflit, la PAC ne peut avoir pour objet ni pour effet de mettre fin à la concurrence en agriculture ni à l'application des règles communes de concurrence dans ce secteur, et la Cour insiste régulièrement sur le maintien d'une concurrence effective dans le cadre de l'O.C.M. La jurisprudence communautaire s'affine non seulement dans le domaine des aides d'État (déjà évoqué), mais aussi dans celui des comportements des entreprises à la faveur d'un nombre croissant d'espèces. Sont visées non seulement les entreprises agroalimentaires du secteur privé (52), mais aussi celles du secteur de l'économie sociale (53) : les règles de concurrence peuvent s'appliquer aux associations d'exploitants agricoles en raison d'une interprétation stricte de la dérogation prévue par le règlement n° 26/62 (54). Les fédérations professionnelles sont elles-mêmes dans le viseur de la Commission qui a condamné à de très lourdes amendes en 2003 plusieurs fédérations professionnelles françaises pour avoir signé, en 2001, à la suite de la crise de l'ESB, un accord ayant pour objet de fixer un prix minimal de viande bovine et de limiter les importations en France (55).

2. – Le principe de progressivité

Sans doute la PAC peut-elle être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation discrétionnaire des institutions, mais le traité pose tout de même un principe de progressivité auquel la Cour ajoute le principe du respect de la confiance légitime. Les changements brutaux et imprévisibles devraient donc être proscrits. La Cour vérifie notamment si les opérateurs économiques avaient suffisamment à l'avance connaissance d'une évolution à venir. Mais la conciliation entre le principe du respect de la confiance légitime et le pouvoir discrétionnaire du législateur agricole conduit à une jurisprudence nuancée. Par exemple, le principe de confiance légitime doit être respecté lors de l'instauration d'un nouveau système d'intervention, mais, dès la deuxième campagne, les opérateurs avisés peuvent logiquement s'attendre aux mesures qu'implique le nouveau système (56). En revanche, la

(52) TPI, 12 juillet 2001, *Tate and Lyle*, aff. T-202/98, *British Sugar plc.*, aff. T-204/98, *Napier Brown*, aff. T-207/98, *Rec.*, p. II 2035.

(53) C.J.C.E., 30 mars 2000, *VBA c. Florimex e.a.*, aff. jtes C-265/97P et C-266/97, *Rec.*, pp. I-2061 et 2135.

(54) C.J.C.E., 15 mai 1975, *Frubo c. Commission*, aff. C-71/74, *Rec.*, p. 563.

(55) TPI, 21 janvier 2004, *FNCBV, FNICGV, FNSEA e.a. c. Commission*, aff. T-217/03 R, *Rec.*, p. II-239 ; C.J.C.E., 18 décembre 2008, *Coop. de France bétail et viande*, aff. jtes C-101/07 P et C-110/07 P, *Rec.*, p. I-10193.

(56) C.J.C.E., 11 juillet 1991, *Crispoltoni*, aff. C-368/89, *Rec.*, p. I-3695 ; C.J.C.E., 26 mars 1998, *Odette Nikou Petridi*, aff. C-324/96, *Rec.*, p. I-1333 ; C.J.C.E., 17 septembre 1998, *An-*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Cour estime conforme au respect du principe de la confiance légitime le passage d'un système de quotas de transformation à un système de quotas de production dans le secteur du tabac, applicable à la récolte de 1995, dès lors que les opérateurs économiques en ont été informés par une communication du 4 avril 1995 (57) ou bien la suppression par la Commission dans le secteur des produits laitiers, sans période transitoire, de certaines aides ne respectant pas certaines conditions (58) ou encore l'absence de fixation d'un prix d'intervention dérivé pour l'Italie pour la première fois depuis trente ans (59).

Pourtant, lorsque le législateur adopte des dispositions bouleversantes, la simple information préalable des opérateurs risque de ne pas suffire. Il devra prendre la peine de prévoir des dispositions transitoires auxquelles la Cour donnera effet utile. Même dans ce cas, la tendance du juge est à interpréter ces dispositifs de manière restrictive, comme l'a bien révélé le contentieux consécutif au passage d'organisations nationales à une organisation commune des marchés dans le secteur de la banane et à son dispositif de mesures transitoires spécifiques pour traiter des situations sensibles (60). De même, le TPI interprète restrictivement au regard de l'encadrement des aides d'État une « clause de souplesse » d'un acte d'adhésion (droit originaire) qui invitait à une certaine tolérance vis-à-vis de régimes transitoires d'aides nationales à caractère structurel dans les nouveaux États membres (61).

B. – La légitimation de la réforme par l'expertise des textes

L'expertise des textes par la Cour est nécessaire au législateur en amont d'une réforme, car elle lui fournit des données précises sur l'interprétation prétorienne des dispositions existantes les moins parfaites ou les plus litigieuses. Il s'agit d'une sorte d'évaluation de la qualité juridique de la réforme précédente et de ses effets véritables, qui produit un « effet miroir » (grossi par la médiatisation donnée à certains arrêts), puisqu'elle renvoie au législateur une image de sa réforme précédente qui ne correspond peut-être pas toujours aux objectifs qu'il s'était donnés ou à ceux qu'il souhaite désormais faire prévaloir (1). De manière plus engagée, l'expertise des textes peut promouvoir la Cour au rang de « guide accompagnateur » du législateur agricole (2).

---

tonio Pontillo, aff. C-372/96, *Rec.*, p. I-5091.

(57) C.J.C.E., 6 juillet 2000, *ATB*, aff. C-402/98, *Rec.*, p. I-5501.

(58) C.J.C.E., 6 mars 2003, *Molkerei Wagenfeld Karl Niemann*, aff. C-14/01, *Rec.*, p. I-2279.

(59) C.J.C.E., 14 mars 2002, *Italie c. Conseil*, aff. C-340/98, *Rec.*, p. I-2663.

(60) C.J.C.E., 10 décembre 2002, *Commission c. Camar*, aff. C-312/00P, *Rec.*, p. I-11355 ; C.J.C.E., 26 novembre 1996, *T. Port GmbH*, aff. C-68/95, *Rec.*, p. I-6065.

(61) TPI, 17 juin 2001, *Agrana Zucker und Stärke c. Commission*, aff. T-187/99, *Rec.*, p. II-1587.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

1. – « L'effet miroir » de la jurisprudence de la Cour

Sans chercher à réaliser un impossible bilan exhaustif en la matière, il suffit, pour illustrer le propos, de prendre quelques exemples symptomatiques récents en rapport avec des évolutions législatives en cours.

Ainsi, dans l'affaire *Kokopelli* (62), la Cour refuse d'invalider les directives qui fixent le régime général d'admission et de commercialisation des semences des variétés de légumes, même si la condition fixée pour l'inscription d'une variété sur le catalogue commun – une variété doit être distincte, stable et suffisamment homogène – fait obstacle en pratique à l'admission des semences de variétés anciennes issues de l'agriculture biologique.

La démonstration, plutôt rigoureuse à la lumière des dispositions du traité, fait évidemment complètement l'impasse sur les attentes du consommateur, qui se trouvaient au cœur des conclusions contraires de J. Kokott (63).

Soucieuse toutefois de souligner la responsabilité première du législateur européen dans cette situation, la Cour évoque l'idée d'une modification des directives litigieuses à la suite de l'évaluation prévue avant le 31 décembre 2013.

En réalité, la Commission venait tout juste de présenter une proposition en mai 2013 pour réformer les directives litigieuses en recherchant un nouveau compromis entre, d'une part, une libéralisation de l'inscription et des possibilités de commercialisation des semences de variétés anciennes, d'autre part, une extension de la brevetabilité des semences (64).

Cette proposition ayant été rejetée il y a quelques semaines par le Parlement européen et ayant révélé l'ampleur de la mobilisation d'intérêts contraires conforte *a posteriori* la prudence de la Cour, tout en jetant une lumière assez crue sur la dimension politique de sa jurisprudence.

Ces clins d'œil au législateur ont également connu une certaine fréquence avant la réforme 2014-2020 de la PAC. Ainsi, l'arrêt rendu en 2010 sur la publication des noms de bénéficiaires des aides PAC (65) a-t-il obligé la Commission à la supprimer en attendant que la réforme vienne la rétablir dans le respect des conditions fixées par la Cour pour qu'elle ne constitue pas une ingérence dans la vie privée au sens de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union interprétée à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme. Le nouveau régime de publication résulte

(62) C.J.U.E., 12 juillet 2012, *Association Kokopelli c. Graines Baumaux SAS*, aff. C-59/11, non encore publ.

(63) D. Gadbin, « Faut-il consacrer en Europe un droit à l'alimentation ? », *RD rur.*, 2013, Repère, 2.

(64) *COM* (2013) 262 final du 6 mai 2013. Proposition formulée dans le cadre d'un « paquet » de mesures visant à un meilleur respect des normes de santé et de sécurité sanitaire dans l'ensemble de la filière agroalimentaire.

(65) C.J.U.E., 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR*, aff. C-92/09, *Rec.*, p. I-11063.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

des articles 111 à 114 du règlement (UE) nº 1306/2013 (66).

De même, les conditions d'attribution des paiements directs aux tout petits agriculteurs pouvaient-elles faire vivement réagir (67) après l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Elbertsen* (68), où elle validait la législation existante de l'Union européenne et les larges pouvoirs d'exécution laissés aux États membres qui permettaient à l'un d'eux de réduire à zéro les aides attachées aux DPU d'un petit éleveur de moutons. L'article 10 du nouveau règlement (69), qui s'inscrit dans un contexte d'abandon du système des DPU, fournit des garanties minimales de versement des paiements couplés (qui concernent les productions animales), même lorsque les surfaces sont inférieures aux surfaces minimales retenues par les États membres… Sachant tout de même que les paiements couplés sont optionnels pour les États membres…

2. – La Cour : guide-accompagnateur du législateur

Dans cette fonction, la Cour joue un rôle plus prononcé d'orientation de la réforme au fond, sans quitter le domaine de l'expertise juridique. Sa jurisprudence peut paraître emblématique dans deux domaines en particulier qui portent l'un sur la flexibilité requise des instruments d'intervention de l'organisation commune des marchés, précédemment évoquée, et l'autre sur les marges d'appréciation abandonnées aux États membres dans le domaine de la PAC.

De même que le législateur ne saurait s'enfermer dans des systèmes d'intervention dont la réversibilité pourrait être entravée par des obstacles juridiques ou financiers, il ne saurait s'interdire de confier aux États membres d'importantes marges d'appréciation dans le domaine de la PAC. Il est habilité, comme le montre bien l'arrêt *Horwarth* (70), à exploiter son droit de décentraliser cette politique au profit des États membres qui peuvent, si leur système constitutionnel s'y prête, en faire bénéficier leurs régions. La Cour avait à répondre aux griefs adressés au régime de conditionnalité des paiements directs dont le cadre communautaire minimal laissait présager des différences de traitement entre États membres et même entre les régions d'un seul et même État membre. Elle transpose en la matière le principe que D. Bianchi qualifie « d'indifférence relative » du droit

(66) Règlement (UE) nº 1306/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013, relatif au financement, à la gestion et au suivi de la Politique agricole commune, *J.O.U.E.*, L 347 du 20 décembre 2013, p. 549.

(67) D. Gadbin, « Chasse ouverte aux petits DPU ! Pourquoi ? », *RD rur.*, février 2010, pp. 1-2.

(68) C.J.C.E., 22 octobre 2009, *G. Elbertsen c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, aff. C-449/08, *Rec.*, p. I-10241.

(69) Règlement (UE) nº 1307/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 établissant les règles relatives aux paiements directs en faveur des agriculteurs au titre des régimes de soutien relevant de la Politique agricole commune, *J.O.U.E.*, L 347 du 20 décembre 2013, p. 608.

(70) C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Horwarth*, aff.C-428/07, *Rec.*, p. I-6355.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

communautaire à l'égard de la répartition interne des compétences normatives au sein des différents États membres et elle valide le transfert de compétences constitutionnellement prévu en l'espèce aux régions pour la mise en œuvre de la conditionnalité, sans exiger que les différences de traitement en résultant soient objectivement justifiées.

Elle enfonce le clou dans l'affaire *Fédération grecque des industries du tabac* (71) en validant la marge d'appréciation laissée aux États membres dans le cadre du régime de paiement unique pour prélever un certain pourcentage des paiements et les redistribuer sous forme de paiements supplémentaires aux producteurs. Elle n'y voit aucune violation du principe de subsidiarité ni du principe de non-discrimination entre producteurs, « du moment que ces législations affectent de manière égale toutes les personnes relevant de leur champ d'application ». Enfin, on notera avec intérêt qu'une telle marge d'appréciation n'a nullement pour objet ou pour effet, selon la Cour, de supprimer le caractère commun de la politique agricole.

Cette jurisprudence légitimant les orientations de la réforme 2003 de la PAC n'a pu que conforter le législateur dans la conception de sa réforme 2014-2020 beaucoup plus favorable encore que la précédente aux compétences étatiques en matière de PAC.

Si donc, en définitive, la jurisprudence de la Cour fait de moins en moins de place à une quelconque fonction dénonciatrice et tend à libérer en droit la voie librement choisie par le législateur pour la poursuite du processus de réforme de la PAC, elle ne renonce nullement à lui faire respecter un certain code de la route.

(71) C.J.U.E., 19 septembre 2013, *Panellinios Syndesmos Viomichanion Metapolisis Kapnou c. Ypourgos Oikonomias kai Oikonomikon*, aff. C-373/11, non encore publ.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La C.J.C.E.-C.J.U.E. et le réformisme du législateur agricole
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

REGARDS SUR LA MODERNISATION DU CONTRÔLE DES AIDES D'ÉTAT…

Laurence IDOT

Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II
Collège européen de Paris

Depuis quinze ans, la modernisation est à l'ordre du jour de la politique européenne de concurrence. Au cœur du droit des pratiques anticoncurrentielles dès 1999, puis du contrôle des concentrations en 2004, elle semblait avoir touché le contrôle des aides d'État en 2005, lorsque la Commissaire alors en charge de la politique de concurrence, M^me^ Kroes, avait lancé le plan d'action en matière d'aides d'État ou PAAE. Même si les deux grands axes de ce mouvement (introduction d'une analyse plus économique sur le plan substantiel et accroissement du rôle des juridictions nationales sur le plan procédural) se retrouvaient déjà dans les réformes consécutives à ce plan (1), il ne s'agissait sans doute pas encore d'une véritable « modernisation » du contrôle des aides d'État, puisque cette dernière a été officiellement lancée le 8 mai 2012 par le commissaire Almunia (2). Deux ans plus tard, le processus, désigné sous les acronymes MAE ou SAM (*State Aid Modernization*), est pratiquement achevé et, en hommage à notre collègue, Claude Blumann, à juste titre considéré comme un spécialiste du droit des aides d'État, il nous est apparu intéressant d'en dresser un bilan (3), d'autant que les derniers textes viennent d'être adoptés quelques semaines avant que le mandat de la Commission prenne fin.

Dans la communication du 8 mai 2012, la Commission a adopté un programme ambitieux centré sur trois objectifs : « i) favoriser une croissance intelligente, durable et inclusive dans un marché intérieur concurrentiel, ii) concentrer l'examen *ex ante* par la Commission sur les affaires ayant la plus forte incidence sur le marché intérieur tout en renforçant la coopération des États membres dans l'application des règles en matière d'aides d'État et iii) simplifier les règles et accélérer le processus de décision » (4). La réalisation

(1) Pour un bilan d'ensemble, voy. « Regards sur les mutations du droit des aides d'État », *Concurrences*, n° 1/2010, pp. 79-86.

(2) Communication, « Modernisation de la politique de l'Union européenne en matière d'aides d'État », *COM*(2012) 209 final, 8 mai 2012.

(3) Voy., déjà, F. MARTUCCI, « Modernisation des aides d'État : une réforme en demi-teinte », in *L'année 2013 en droit de la concurrence*, Colloque AFEC, 11 février 2014, *Contrats concurrence consommation*, juin 2014, étude n° 17.

(4) Communication préc., n° 8. Voy. également la page d'accueil du portail de la DG Concurrence consacrée à la SAM.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de ces trois objectifs a conduit à une révision de tous les textes applicables. En effet, pour atteindre le premier objectif de croissance, la Commission a proposé d'identifier et de définir des principes communs pour apprécier la compatibilité des aides, ce qui a justifié la révision et la simplification de nombreuses lignes directrices de manière à les rendre compatibles avec ces principes communs. Le deuxième objectif, soit l'établissement de priorités dans le traitement des cas, a nécessité la révision du règlement sur les aides *de minimis*, ainsi que du règlement d'habilitation et du règlement général d'exemption par catégorie. Enfin, le troisième objectif de simplification du cadre procédural est à l'origine non seulement des modifications apportées au règlement général de procédure, mais également de l'adoption d'une communication sur la notion d'aide d'État (5).

Des points de vue formel et quantitatif, les résultats sont indéniables. Suivant la méthode habituelle, tous les projets de communications, lignes directrices et règlements de la Commission ont fait l'objet de consultations publiques avant d'être définitivement adoptés (6). Une étude exhaustive et approfondie de tous ces textes étant hors de propos (7), l'objectif de ces lignes est uniquement de s'interroger sur la réalité de la modernisation en matière de contrôle d'aides d'État. Dans les autres branches du droit de la concurrence de l'Union, la modernisation a un double sens à la fois processuel et substantiel. La modernisation dite processuelle s'est traduite par une décentralisation du contrôle vers les autorités et juridictions nationales pour permettre à la Commission de se concentrer sur les cas les plus importants, mais également par un renforcement des moyens d'action des différentes instances, l'ensemble des réformes étant dominé par une recherche d'efficacité. Quant à la modernisation substantielle, elle implique l'abandon d'une approche jugée trop formaliste des comportements et des opérations soumis au contrôle au profit d'une analyse plus économique. Ces deux axes peuvent-ils être identifiés dans le nouveau contrôle des aides d'État ? C'est ce qu'il convient de vérifier, sachant que la modernisation processuelle doit être identifiée dans les règlements de procédure (I), alors que la modernisation substantielle devrait surtout transparaître dans les encadrements et lignes directrices (II).

I. – Modernisation processuelle : un contrôle plus efficace ?

Même si l'objectif est commun, sa réalisation doit tenir compte des spécificités de chaque branche du droit de la concurrence de l'Union. Le contrôle des aides d'État conserve ses deux caractéristiques essentielles, à savoir un

(5) Les références aux textes seront données au fur et à mesure de l'étude.

(6) Voy. la liste avec le résultat des consultations, http://ec.europa.eu/competition/consultations/closed.html.

(7) Voy. not. l'analyse des différents textes dans la chronique « Aides d'État » de la revue *Concurrences*, avec un tableau récapitulatif de l'état d'avancement de la modernisation, n^{os} 1/2014, 2/2014 et 3/14.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

contrôle *ex ante* fondé sur la notification des projets d'aides, lequel reste de la compétence exclusive de la Commission. Dans ces conditions, l'accroissement de l'efficacité du contrôle passe moins par une amélioration du traitement des cas individuels, qui demeure limitée (A), que par un élargissement sensible des hypothèses de dispense de notification (B).

A. – L'amélioration limitée du traitement des cas individuels

Depuis son adoption, le règlement du Conseil nº 659/1999, dit « de procédure » (8), ultérieurement complété par le règlement d'application de la Commission nº 794/2004 (9), n'avait été modifié à la marge que pour tenir compte des élargissements successifs. Il n'avait pas été revu dans le cadre du PAAE en 2005. Bien qu'une procédure simplifiée pour certains types d'aides ait été introduite en 2009 (10), des changements s'imposaient pour atteindre le troisième objectif de simplification du cadre procédural. Non seulement les modifications apportées aux deux règlements respectivement en juillet 2013 (11) et avril 2014 (12) sont mineures, mais surtout, elles introduisent plutôt davantage de formalisme dans le traitement des cas individuels. Plus que la simplification annoncée, la recherche d'efficacité domine (13) et conduit à un alignement des solutions sur le droit des pratiques anticoncurrentielles, qu'il s'agisse de l'accroissement des pouvoirs d'enquête de la Commission (1) ou de l'amélioration du traitement des aides illégales (2).

1. – L'accroissement des pouvoirs d'enquête de la Commission

Deux séries de nouvelles dispositions en matière d'enquêtes illustrent la recherche d'efficacité.

Bien qu'elle ait peu retenu l'attention, l'introduction de la possibilité pour la Commission d'effectuer des enquêtes sectorielles par secteur et par type d'instruments d'aides doit être relevée. Le nouvel article 20*bis* du règlement nº 659/1999 est directement inspiré de l'article 17 du règlement nº 1/2003, lui-même repris du règlement nº 17/62. En droit *antitrust*, la Commission, libérée de l'examen des notifications, y a régulièrement recours dans des

(8) Règlement (CE) nº 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'art. 93 du Traité CE, *J.O.C.E.*, L 83 du 27 mars 1999.

(9) Règlement (CE) nº 784/2004 de la Commission du 21 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) nº 659/1999 du Conseil portant modalités d'application de l'art. 93 du Traité CE, *J.O.U.E.*, L 140 du 30 avril 2004.

(10) Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certains types d'aides d'État (2009/C 136/03), *J.O.U.E.*, C-136, 16 juin 2009.

(11) Règlement (UE) nº 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013 modifiant le règlement (CE) nº 659/1999 portant modalités d'application de l'art. 93 du Traité CE, *J.O.U.E.*, L 204 du 21 juillet 2013.

(12) Règlement (UE) nº 372/2014 de la Commission du 9 avril 2014 modifiant le règlement (CE) nº 794/2004 en ce qui concerne le calcul de certains délais, le traitement des plaintes, ainsi que l'identification et la protection des informations confidentielles, *J.O.U.E.*, L 109 du 12 avril 2014. Ce règlement avait déjà été modifié en 2009.

(13) Voy., sur ce point, le cons. 1 du règlement nº 372/2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

secteurs stratégiques depuis 2004. L'outil s'est révélé suffisamment efficace (14) pour que les autorités nationales de concurrence (ANC) se dotent à leur tour d'instruments similaires (15).

À ce nouvel instrument s'ajoute l'élargissement des pouvoirs de demander des renseignements. Le nouvel article 6*bis* du règlement n° 659/1999 permet, en effet, à la Commission de s'adresser à « d'autres sources », lesquelles peuvent être d'autres États membres ou des entreprises. Dans cette dernière hypothèse, le texte reprend la distinction bien connue en droit *antitrust* entre les demandes simples et les demandes par voie de décision (16). Ce nouveau pouvoir est assorti de sanctions, sous forme d'amendes et d'astreintes, en cas d'absence de réponse ou de réponses inexactes (17), dont le régime est, là encore, aligné sur celui qui existe dans les autres composantes du droit de la concurrence. En contrepartie, divers garde-fous sont introduits dans les règlements, comme les règles visant à protéger les informations confidentielles communiquées par les entreprises (18). De plus, l'utilisation par la Commission de ce nouveau pouvoir est naturellement soumise à un contrôle de proportionnalité (19).

La transposition des solutions adoptées dans les autres branches du droit de la concurrence n'est toutefois pas totale. La procédure reste avant tout une procédure bilatérale entre la Commission et l'État membre dispensateur de l'aide. Ainsi, lorsque la demande est adressée aux bénéficiaires d'une aide, l'État membre doit accepter cette dernière, mais les entreprises doivent lui communiquer également leurs réponses, pour lui permettre de faire connaître son point de vue sur les renseignements demandés (20). Toutes les règles sont par ailleurs conçues pour faire de l'utilisation de ce nouveau pouvoir une situation rare, comme l'illustre le fait que les demandes ne peuvent être effectuées qu'après l'ouverture de la procédure formelle d'examen, ce qui en limite sensiblement le champ, et qu'elles devraient être limitées à des procédures « inopérantes » (21). Enfin, la spécificité irréductible du contrôle des aides conduit à se demander si le contrôle de proportionnalité ne devrait pas être plus important (22).

---

(14) Voy., p. ex., la grande enquête sectorielle sur le secteur de l'énergie ou, encore, la dernière enquête sectorielle sur les médicaments génériques.

(15) Voy., p. ex., en France, l'utilisation par l'Autorité de l'autosaisine pour avis pour réaliser des enquêtes sectorielles ; *adde* : *New Frontiers of Antitrust 2010*, Paris, *varii auct.*, « Enquêtes sectorielles : complément ou substitut de l'action des autorités de concurrence ? », *Concurrences*, n° 2-2010, www.concurrences.com.

(16) Règlement n° 659/1999, modifié, art. 6*bis*, §§ 6 et 7. À l'inverse, la Commission ne peut adresser aux autres États membres qu'une demande, éventuellement suivie d'un rappel (art. 6*bis*, § 5). Comp. art. 18 du règlement n° 1/2003.

(17) Règlement n° 659/1999, modifié, art. 6*ter*. Voy. également art. 15*bis* sur les règles de prescription.

(18) Règlement n° 659/1999, modifié, art. 7, §§ 9 et 10 ; *adde* : règlement n° 794/2004, modifié, art. 11*ter*.

(19) Règlement n° 659/1999, modifié, art. 6*bis*, §§ 1er et 2.

(20) Règlement n° 659/1999, modifié, art. 6*bis*, § 3.

(21) Règlement n° 659/1999, modifié, art. 6*bis*, §§ 1er et 2.

(22) Voy., en ce sens, F. Martucci, « Modernisation des aides d'État : une réforme en demi-

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

2. – L'amélioration du traitement des aides illégales

Un deuxième pan de la réforme procédurale vise à améliorer le traitement des aides illégales. Cela se traduit principalement par la révision du régime des plaintes et accessoirement par des précisions quant au rôle du juge national. Dans les deux cas, l'on constate, là encore, le même alignement sur le droit des pratiques anticoncurrentielles.

La révision du régime des plaintes. Les plaintes sont des sources d'information non négligeables sur les aides illégales ou abusives, mais elles n'étaient pas expressément mentionnées, que ce soit dans l'article 10, paragraphe 1er, du règlement no 659/1999, qui prévoit la possibilité pour la Commission d'examiner les informations concernant une aide illégale, quelle qu'en soit la source, ou dans l'article 20, paragraphe 2, qui vise la possibilité pour les parties intéressées de l'informer. En se fondant sur ces dispositions, la Cour de justice a malgré tout construit un régime de la plainte qui a trouvé son aboutissement dans l'arrêt *Athinaïki Techniki* en 2008 (23). La Cour a reconnu le droit à la partie intéressée, qui a fourni à la Commission des informations relatives à une aide alléguée, de voir la phase préliminaire déclenchée ainsi que le droit à une décision formelle à l'issue de cette phase préliminaire en application de l'article 4 du règlement. Bien que le contexte procédural soit différent, la solution évoque la jurisprudence du Tribunal des années 1990 qui a construit le régime de la plainte en droit *antitrust* à partir de textes épars (24).

A été inséré à l'article 20 du règlement no 659/1999 un paragraphe 2 selon lequel « toute partie intéressée peut déposer une plainte pour informer la Commission de toute aide supposée illégale ou de toute application supposée abusive d'une aide », tandis que l'article 10, paragraphe 1er, alinéa 2, prévoit désormais que la Commission examine sans délai toute plainte déposée par une partie intéressée. Certes, le mot « plainte » est désormais utilisé, mais le régime est très encadré. En dehors du fait que le dépôt des plaintes est réservé aux « parties intéressées » (25), un formulaire, relativement lourd et annexé au règlement d'application modifié (26), doit être impérativement utilisé. Il doit être rempli « en bonne et due forme » et accompagné des renseignements obligatoires requis. Si la Commission constate que les éléments communiqués sont insuffisants pour démontrer à première

---

teinte », *op. cit.*, spéc. no 26.

(23) C.J.C.E., 17 juillet 2008, *Athinaïki Techniki*, aff. C-521/06 P, *Rec.*, p. I-13275.

(24) Pour un résumé du régime de la plainte en droit *antitrust*, voy. communication relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des art. 81 et 82 CE, *J.O.U.E.*, C 101 du 27 avril 2004.

(25) Cette notion est définie à l'art. 1er, sous h), du règlement : « tout État membre et toute personne, entreprise ou association d'entreprises dont les intérêts pourraient être affectés par l'octroi d'une aide, en particulier le bénéficiaire de celle-ci, les entreprises concurrentes et les associations professionnelles ». L'art. 11*bis*, § 1er, du règlement d'application insiste sur le fait que l'auteur de la plainte doit démontrer sa qualité de partie intéressée.

(26) Règlement no 794/2004, modifié, art. 11*bis*, § 2, qui renvoie au formulaire de l'annexe IV.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

vue l'existence d'une aide illégale ou l'application d'une aide abusive, elle en informe la partie intéressée et l'invite à présenter des observations complémentaires. Si cette dernière ne fait pas connaître son point de vue, la plainte est présumée avoir été retirée.

L'objectif est clair. La Commission ne doit pas être gênée par le dépôt de plaintes fantaisistes et doit pouvoir choisir ses priorités dans le traitement des dossiers. La nécessité de respecter des règles formelles relativement exigeantes répond certainement au premier souhait. Il n'est pas certain que le deuxième puisse être satisfait. Alors qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles, la Commission peut estimer une autorité ou un juge national mieux placé pour examiner une plainte, la compétence exclusive dont elle jouit en matière d'aides rend difficile l'élaboration en cette matière d'un concept d'intérêt communautaire susceptible de justifier le rejet d'une plainte lorsque les éléments constitutifs de l'article 107, paragraphe 1er, TFUE sont par ailleurs remplis.

La consécration de la coopération avec le juge national. Le rôle du juge national s'est accru au cours du temps (27). La jurisprudence de la Cour, synthétisée dans une première communication de la Commission de 1995, avait été revue et complétée en 2009 (28) dans le cadre du PAAE. Une procédure de demande d'information ou d'avis, alignée sur celle formalisée en droit *antitrust* à l'article 15, paragraphe 1er, du règlement no 1/2003, avait été introduite (29). Le mécanisme est désormais consacré à l'article 23*bis* du règlement no 659/1999.

De plus, l'alignement a été poursuivi, puisqu'a été introduite sur le modèle de l'article 15, paragraphe 3, la procédure dite d'*amicus curiae*, qui permet à la Commission de présenter des observations devant le juge national. La même distinction entre les observations écrites, qui sont laissées à l'initiative de la Commission si elle estime que l'application cohérente de l'article 107, paragraphe 1er, TFUE l'exige, et les observations orales subordonnées à l'accord de la juridiction nationale a également été reprise. La principale différence tient au fait qu'en matière d'aides, les ANC ne peuvent disposer d'une faculté équivalente. De plus, pour les juridictions nationales, l'obligation de transmission des jugements et arrêts prévue à l'article 15, paragraphe 2, il est vrai inefficace, n'est pas prévue. En revanche a été ajoutée la possibilité pour la Commission de demander transmission de tout document nécessaire à l'appréciation de l'affaire (30).

(27) Voy., en dernier lieu, C.J.U.E., 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa*, aff. C-284/12, *Europe*, 2014, comm. 31, obs. L. Idot.

(28) Communication relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales, *J.O.U.E.*, C-85 du 9 avril 2009.

(29) Pour une comparaison, voy. « La coopération entre la Commission et les juges nationaux en droit de la concurrence », *R.A.E.*, 2009/2010, no 1, pp. 59-72.

(30) Règlement no 659/1999, modifié, art. 23*bis*, § 2, al. 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Au vu de l'expérience en *antitrust* (31), l'on peut s'interroger sur l'efficacité de tels mécanismes en matière d'aides, surtout dans les États membres, comme la France, où le débat sur la qualification de mesures intervient parfois directement devant le Conseil d'État. Cette haute juridiction n'a pas hésité à saisir la Cour de justice de questions préjudicielles en cas de difficulté (32), mais il lui est arrivé également d'adopter des arrêts quelque peu surprenants (33). La Commission risque d'être avertie trop tard des difficultés éventuelles pour pouvoir intervenir efficacement.

Finalement, les réformes procédurales du traitement des cas individuels sont d'autant plus limitées que certaines des nouvelles dispositions ne font que reprendre dans un texte de droit dur des solutions déjà consacrées par des textes de *soft law*. N'ayant été modifié qu'à la marge, le règlement n° 659/1999 pouvait conserver son numéro… Il est vrai que la structure du contrôle imposée par l'article 108 TFUE tel qu'interprété par la Cour de justice ne laissait pas grande marge de manœuvre. La réforme processuelle implique surtout de réduire les hypothèses d'examen individuel, ce qui passe par un élargissement des cas de dispense de notification.

B. – L'élargissement des cas de dispense de notification

Pour atteindre le deuxième objectif de la modernisation, soit la concentration de la Commission sur les cas les plus importants, une modification des divers règlements qui mettent en place des dispenses de notification s'imposait. Le cas particulier des aides aux services d'intérêt économique général ayant déjà été traité avec l'adoption du paquet dit « Almunia » en 2012 (34), il restait à revoir les règlements sur les aides *de minimis* et les règlements d'exemption par catégorie. Le bilan est plus convaincant, car, si les premiers ont fait l'objet d'une révision *a minima* (1), les seconds ont été sensiblement étendus (2).

1. – Une révision *a minima* des règlements sur les aides *de minimis*

La révision du règlement n° 1998/2006 sur les aides *de minimis* a été pour le moins débattue (35). Finalement, le nouveau règlement n° 1407/2013 a été

(31) La Commission est surtout intervenue via ce mécanisme au soutien d'ANC dont les décisions étaient contestées devant les cours de contrôle.

(32) Voy., p. ex., en dernier lieu, C.J.U.E., 19 décembre 2013, *Association Vent de Colère*, aff. C-262/12.

(33) Voy., p. ex., sur l'application de la jurisprudence *Altmark* aux délégations de service public : C.E., 13 juillet 2012, nos 347073, 347170, 350925, *Cté de communes d'Erdre et Gesvres* ; *adde* : F. Martucci, « Modernisation des aides d'État : une réforme en demi-teinte », *op. cit.*, n° 13.

(34) Voy., en particulier, le dernier élément du « paquet SIEG », règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des art. 107 et 108 TFUE aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.*, L 114 du 26 avril 2012.

(35) Pas moins de trois consultations ont été organisées, les deux dernières portant sur des propositions de texte.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

adopté le 18 décembre 2013 (36) pour entrer en vigueur le 1er janvier 2014. Comme il ne s'applique pas au secteur de l'agriculture et de la pêche, il est complété par deux règlements, le règlement no 1408/2013 du même jour sur les aides *de minimis* dans le secteur de l'agriculture (37) et le règlement no 707/2014 du 27 juin 2014 sur les aides *de minimis* dans le secteur de la pêche et de l'aquaculture (38). Dans le régime de droit commun, il est à noter que les aides aux entreprises en difficulté ne sont plus exclues par principe du champ d'application, alors que les aides à l'exportation restent logiquement en dehors des textes.

Compte tenu du mécanisme mis en place qui repose sur des plafonds, en dessous desquels les mesures ne sont pas jugées suffisamment importantes pour affecter les échanges entre États membres et la concurrence, il était prévisible que le débat se concentrerait sur ces derniers.

La Commission a finalement refusé de procéder au relèvement qui était par ailleurs demandé. Dans le régime de droit commun, le plafond a donc été maintenu à 200.000 euros sur une période de trois exercices fiscaux pour une entreprise unique, tandis que, pour les entreprises de transport de marchandises il est demeuré à 100.000 euros (39). Dans certains secteurs, les plafonds peuvent être plus bas, mais certains ont été malgré tout relevés, comme dans le secteur agricole, où il a été doublé pour passer de 7.500 euros à 15.000 euros, tandis qu'il reste fixé à 30.000 euros dans le secteur de la pêche et de l'aquaculture (40).

Cela étant, comme toujours en ce domaine, le montant du plafond n'est que la partie visible de l'iceberg et il est au moins aussi important d'envisager les modalités techniques de calcul. Deux séries de précisions ont été apportées.

La première, qui porte sur l'identification de « l'entreprise unique » bénéficiaire de l'aide, traduit un autre alignement sur le droit *antitrust* dans un souci d'efficacité. Le nouvel article 2, paragraphe 2, du règlement no 1407/2013 (41) reprend, en définitive, la notion d'entreprise liée utilisée

(36) Règlement (UE) no 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des art. 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis*, *J.O.U.E.*, L 352 du 24 décembre 2013, p. 1.

(37) Règlement (UE) no 1408/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des art. 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* dans le secteur de l'agriculture, *J.O.U.E.*, L 352 du 24 décembre 2013, p. 9.

(38) Règlement (UE) no 717/2014 de la Commission du 27 juin 2014 concernant l'application des art. 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* dans le secteur de la pêche et de l'aquaculture, *J.O.U.E.*, L 190 du 28 juin 2014. Ce dernier texte est entré en vigueur le 1er juillet 2014.

(39) Règlement (UE), no 1407/2013, préc., art. 3, § 2, al. 1er, pour le régime de droit commun, art. 3, § 2, al. 2, et § 3, pour les entreprises de transport de marchandises.

(40) Règlement (UE) no 1408/2013, préc., art. 3, § 2 ; règlement (UE) no 717/2014 préc., art. 3, § 2. À ce premier plafond individuel s'ajoute un plafond national fixé par État membre et déterminé en annexe (art. 3, § 3).

(41) On retrouve les mêmes textes sous le même numéro dans les règlements sectoriels sur l'agriculture et la pêche.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dans tous les textes du droit des pratiques anticoncurrentielles fondées sur des seuils, qu'il s'agisse des règlements d'exemption par catégorie ou de la communication *de minimis*. Cet alignement est bienvenu, car l'appréhension du groupe de sociétés est indispensable pour appréhender au-delà des montages juridiques la réalité économique et éviter les contournements éventuels des règles. En matière d'aides sont surtout concernées, au-delà du plafond, les règles régissant le cumul.

Pour améliorer la transparence, les dispositions relatives au calcul de l'équivalent-subvention brut ont, par ailleurs, été revues. Le bénéfice du règlement est, en effet, réservé aux seules aides transparentes pour lesquelles il est aisé de calculer précisément et préalablement l'équivalent-subvention brut (42) et de vérifier ainsi si le plafond n'est pas dépassé. Par nature, certaines formes d'aides, comme les subventions et les bonifications d'intérêts, sont considérées comme transparentes (43). Pour les autres formes d'aides, en particulier les prêts, les apports de capitaux, les investissements en fonds propres, les garanties, des conditions particulières et adaptées à la nature de l'aide sont exigées (44). Des dispositions équivalentes ont parallèlement été insérées dans les règlements « agriculture » et « pêche », mais avec des seuils adaptés à la spécificité du secteur (45). Sans entrer dans leur détail, relevons seulement que les prêts et garanties au profit d'entreprises soumises à des procédures collectives ne sont pas couverts (46).

Enfin, toujours sur le terrain de la transparence, la Commission a finalement renoncé à demander aux États membres de tenir un registre national des aides *de minimis*, tout en ne l'interdisant pas et en maintenant des dispositions relatives au contrôle (47), que l'on retrouve également dans les règlements d'exemption par catégorie.

2. – Une extension sensible des règlements d'exemption par catégorie

L'habilitation à adopter des règlements d'exemption par catégorie donnée par le Conseil à la Commission en 1998 (48) avait marqué un tournant majeur dans le contrôle des aides d'État, justement remarqué par le dédicataire de ces lignes (49). Après avoir adopté plusieurs règlements au début des années 2000, la Commission avait finalement décidé, dans le cadre du

(42) Règlements préc., art. 4, § 1er.
(43) Règlements préc., art. 4, § 2.
(44) Règlement (UE) no 1407/2013, préc., art. 4, §§ 3-7.
(45) Règlements (UE) nos 1408/2013 et 707/2014, préc., art. 4, §§ 3, sous b), et 6, sous b).
(46) Règlement (UE) no 1407/2013, préc., art. 4, §§ 3, sous a), et 6, sous a).
(47) Art. 6, § 2, du règlement (UE) no 1407/2013, préc. Voy., plus généralement, l'art. 6 identique dans les trois règlements.
(48) Règlement (CE) no 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 sur l'application des art. 92 et 93 du Traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales, *J.O.C.E.*, L 142 du 14 mai 1998.
(49) Cl. Blumann, « L'émergence de l'exemption catégorielle en matière d'aides d'État : le règlement no 994/98 », *R.M.C.U.E.*, 1999, no 428, pp. 319-328.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

PAAE, de regrouper toutes les mesures dans un texte commun, le règlement nº 800/2008, dit règlement général d'exemption par catégorie (RGEC) (50). Un élargissement du domaine de ce mécanisme nécessitait au préalable une modification du champ de l'habilitation du Conseil initialement limitée à cinq catégories d'aides : aides en faveur des petites et moyennes entreprises, à la recherche et au développement, à la protection de l'environnement, à l'emploi et à la formation, ainsi que les aides respectant la carte approuvée pour chaque État membre pour l'octroi des aides à finalité régionale.

L'extension de l'habilitation demandée par la Commission en mai 2012 a été finalement réalisée par le règlement nº 773/2013 du Conseil du 22 juillet 2013 (51). La liste de l'article 1er, paragraphe 1er, sous a), a été allongée pour couvrir dix nouvelles catégories d'aides (52) dans des domaines dans lesquels la Commission a acquis une solide expérience ou qui sont peu susceptibles de fausser la concurrence (53).

Le processus d'adoption du nouveau règlement de la Commission ayant été ralenti du fait de la succession de deux consultations publiques, le RGEC a été prolongé jusqu'au 30 juin 2014 (54). Le nouveau RGEC nº 651/2014 a finalement été adopté le 17 juin 2014 pour entrer en vigueur le 1er juillet 2014 (55). Dans la mesure où il ne s'applique pas dans le secteur de la pêche et de l'aquaculture ou dans le secteur de production agricole primaire (56),

(50) Règlement (CE) nº 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché commun en application des art. 87 et 88 du traité (Règlement général d'exemption par catégorie), *J.O.U.E.*, L 214 du 9 août 2008.

(51) Règlement (UE) nº 733/2013 du Conseil du 22 juillet 2013 modifiant le règlement (CE) nº 994/98 sur l'application des art. 92 et 93 du Traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales, *J.O.U.E.*, L 204 du 31 juillet 2013.

(52) « Aides en faveur : [...] v) de la culture et de la conservation du patrimoine ; vi) de la réparation des dommages causés par des catastrophes naturelles ; vii) de la réparation des dommages causés par certaines conditions climatiques défavorables dans le secteur de la pêche ; viii) du secteur forestier ; ix) de la promotion des produits du secteur alimentaire non énumérés à l'annexe I du TFUE ; x) de la conservation des ressources biologiques marines et d'eau douce ; xi) du sport ; xii) des habitants de régions périphériques, pour le transport, si cette aide est à finalité sociale et est octroyée sans discrimination liée à l'identité du transporteur ; xiii) des infrastructures à haut débit de base, des petites infrastructures particulières couvrant les réseaux d'accès de nouvelle génération, des travaux de génie civil liés au haut débit et des infrastructures passives à haut débit, dans les zones ne disposant pas d'une telle infrastructure ou dans lesquelles il est peu probable qu'une telle infrastructure soit déployée dans un futur proche ; xiv) des infrastructures qui contribuent aux objectifs énumérés au point a), i) à xiii), et au point b) du présent paragraphe et qui contribuent à d'autres objectifs présentant un intérêt commun, notamment ceux de la Stratégie Europe 2020. »

(53) F. Martucci, « Modernisation des aides d'État : une réforme en demi-teinte », *op. cit.*, nº 43.

(54) Règlement (UE) nº 1224/2013 de la Commission du 29 novembre 2013 modifiant le règlement (CE) nº 800/2008 en ce qui concerne sa durée de validité, *J.O.U.E.*, L 320 du 30 novembre 2013.

(55) Règlement (UE) nº 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des art. 107 et 108 du traité, *J.O.U.E.*, L 187 du 27 juin 2014. Ce texte a vocation à s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2020.

(56) Art. 1er, § 3, du règlement (UE) nº 651/2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

il est complété par un autre règlement nº 702/2014 visant certaines catégories d'aides dans les secteurs agricole et forestier (57).

En dehors d'un objectif de simplification et de clarification (58), les principales innovations reposent sur un compromis entre une extension sensible de son champ d'application et une intensification du contrôle *ex post*.

L'extension du domaine d'application du RGEC est l'élément le plus marquant. S'agissant du seul règlement général, la Commission estime qu'il devrait permettre de couvrir plus de 75 % des aides accordées par les États et deux tiers des montants. Deux techniques ont été utilisées à cette fin.

La première consiste à élargir les types d'aides susceptibles d'être visés.

La Commission a tout d'abord profité des modifications apportées au règlement d'habilitation pour couvrir de nouvelles catégories. La partie spéciale du nouveau règlement contient désormais treize sections. Peuvent également bénéficier de l'exemption par catégorie : les aides destinées à remédier aux dommages causés par certaines calamités naturelles, les aides sociales au transport en faveur des habitants de régions périphériques, les aides en faveur des infrastructures à haut débit, les aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine, ce qui inclut les aides en faveur des œuvres audiovisuelles, les aides en faveur des infrastructures sportives et des infrastructures récréatives multifonctionnelles, les aides en faveur des infrastructures locales (59). En dehors des aides en faveur des infrastructures à haut débit, l'impact sur la concurrence de ces mesures qui concernent surtout le social et le culturel est faible.

Le champ des catégories antérieurement couvertes a ensuite été étendu. Il en est ainsi, notamment, pour les aides à finalité régionale, qui, au-delà des aides à l'investissement et au fonctionnement, incluent les aides au développement urbain (60), les aides aux PME, qui contiennent des dispositions sur les aides au financement, les aides aux « jeunes pousses » (61), les aides à la recherche et au développement étendues aux infrastructures de recherche (62). De même, les catégories d'aides à l'environnement ont été sensiblement élargies pour viser l'assainissement des sites contaminés, les

(57) Règlement (UE) nº 702/2014 de la Commission du 25 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides, dans les secteurs agricole et forestier et dans les zones rurales, compatibles avec le marché intérieur, en application des art. 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, L 193 du 1er juillet 2014. L'objectif d'élargissement du champ de l'exemption est également poursuivi. Voy. IP/14/714.

(58) Cet effort se traduit d'abord par l'allongement de la liste de définitions, soit générales, soit propres à chaque catégorie d'aide, pour aboutir à un total de cent quarante-trois définitions… Par ailleurs, certaines notions clés qui conditionnent l'exemption, comme la transparence de l'aide (art. 5) ou son effet incitatif (art. 6), reçoivent la même définition que dans les règlements sur les aides *de minimis*. Enfin, la structure du texte est plus cohérente que celle du RGEC de 2008.

(59) Art. 50-56 du règlement nº 651/2014.

(60) *Ibid.*, art. 13-16, spéc. art. 16.

(61) *Ibid.*, art. 17-24, spéc. art. 21-24.

(62) *Ibid.*, art. 25-30.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

réseaux de chaleur et de froid, le recyclage et l'emploi des déchets, l'investissement en faveur des infrastructures énergétiques (63)…

La seconde technique consiste à assouplir les conditions d'application. Comme le rappelle l'article 3, pour être couverts par le règlement, les régimes d'aides ou les aides individuelles doivent répondre non seulement aux règles spécifiques propres à leur catégorie qui figurent dans le chapitre III du règlement, mais également aux conditions générales du chapitre II. Ne sont couvertes par le règlement que les aides inférieures aux seuils indiqués par catégorie à l'article 4. Certains de ces seuils, qui déterminent la dispense de notification, ont été sensiblement augmentés (64), de même que certains taux d'intensité lorsque c'est une condition de compatibilité de l'aide.

Cet élargissement sensible du RGEC et, par voie de conséquence, de l'exemption de notification préalable s'accompagne de la mise en place de trois séries de mesures appropriées pour améliorer les contrôles *ex post* des aides octroyées au titre du RGEC.

Les deux premières sont inhérentes à un contrôle *ex post*. La Commission attache encore plus d'importance à la transparence et exige des États membres une publication plus complète qu'antérieurement des aides octroyées « sur un site internet exhaustif consacré aux aides d'État, au niveau national ou régional » (65). L'étendue de la publication requise varie suivant la nature de la mesure et est désormais plus lourde pour les aides individuelles de plus de 0,5 million d'euros, d'où la présence de deux formulaires différents qui font l'objet des annexes II et III (66).

Parallèlement, les obligations antérieures pesant sur les États au titre du contrôle, qu'il s'agisse de la communication des informations, de la transmission des rapports annuels, de la réponse aux demandes d'information ou des obligations de conservation des dossiers pendant au moins dix ans, sont maintenues (67).

La véritable innovation consiste à introduire la possibilité pour la Commission d'opérer le retrait du bénéficie du règlement d'exemption (68). Une fois de plus, le droit *antitrust* a servi de modèle tout en étant adapté à la nature d'un contrôle *ex ante*. Le retrait, qui devra donner lieu à une procédure, peut être envisagé lorsque l'État membre octroie une aide présumée exemptée alors qu'elle ne remplit pas les conditions requises. Dans ce cas, la Commission pourra imposer à l'État membre de notifier les futures mesures d'aides, ou certaines d'entre elles, alors même qu'elles remplissent les

(63) *Ibid.*, art. 36- 49.
(64) Voy., p. ex., en matière d'aides à la recherche et au développement où les seuils sont doublés (mémo 14/368, 21 mai 2014), en matière de financement des risques où l'on monte à 15 millions d'euros…
(65) Règlement préc., art. 9 ; comp. art. 9 du règlement n° 800/2008.
(66) Règlement préc., art. 9, § 1er, sous a) et sous b), et les deux annexes II et III.
(67) Règlement préc., chap. II, art. 11-12 ; comp. art. 10-12 du règlement n° 800/2008.
(68) Règlement préc., art. 10.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

conditions du règlement. Le lien de confiance a été rompu et il convient d'en tirer les conséquences.

La troisième mesure, dite « d'évaluation », se situe sur un plan différent. En application de l'article 1er, paragraphe 2, sous a), le règlement ne s'applique pas, même pour les aides en principe couvertes, aux régimes dits de « grande ampleur », c'est-à-dire ceux dont le budget annuel moyen excède 150 millions d'euros, une fois écoulés les six premiers mois suivant leur entrée en vigueur. Sont uniquement visés les régimes, qui ont le plus d'impact sur la concurrence, soit les aides régionales, les aides aux PME, à la recherche-développement et à la protection de l'environnement, et le développement des infrastructures de communications. L'objectif est d'obliger les États membres à effectuer des évaluations de l'impact de ces régimes pour mieux apprécier leur incidence réelle. Le plan d'évaluation doit, en principe, être établi au moment de la conception du régime et approuvé à temps par la Commission pour que le régime puisse entrer en vigueur. La Commission reconnaît que cela peut s'avérer difficile. C'est la raison pour laquelle le règlement peut s'appliquer pendant une période maximale de six mois, période que la Commission peut décider de prolonger au moment de l'approbation du plan d'évaluation, qui doit alors lui être notifié.

Quoi qu'il en soit, en imposant aux États membres d'évaluer l'impact de leurs régimes d'aides, la Commission se préoccupe davantage des effets économiques des mesures et l'on quitte le domaine de la modernisation processuelle pour aborder le second versant de la modernisation, la modernisation substantielle.

II. – Modernisation substantielle : une analyse plus économique ?

Dans les autres branches du droit de la concurrence, la modernisation dite substantielle est supposée conduire à un abandon de l'approche dite formaliste au profit d'une analyse plus économique des comportements et des opérations. En matière d'aides d'État, il est possible d'y rattacher le premier objectif officiel de la réforme, à savoir le raffermissement de la croissance dans un marché intérieur renforcé, dynamique et concurrentiel. L'exercice est contraint, car, si la Commission peut faire évoluer l'appréciation des critères de compatibilité des aides d'État au titre de l'article 107, paragraphe 3, TFUE (A), elle est liée en tout état de cause par la notion d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1er, TFUE, dont l'interprétation est donnée par la Cour de justice (B).

A. – L'évolution des critères de compatibilité des aides

Dès la communication du 8 mai 2012, la Commission indiquait qu'elle avait pour objectif d'identifier des principes communs d'évaluation, qui devaient être repris ensuite dans l'ensemble des encadrements et lignes directrices,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

ce qui impliquait leur révision. Débuté en décembre 2012 avec l'adoption des lignes directrices relatives aux aides pour le déploiement des réseaux de communication à haut débit (69), le mouvement s'est poursuivi en juin 2013 avec l'adoption des nouvelles lignes directrices concernant les aides régionales (70). Il s'est accéléré en 2014 avec l'adoption, d'abord, de textes concernant des aides sectorielles – aides en faveur de l'accès au financement en janvier (71), aides à l'aviation et aux aéroports en février (72) –, puis de lignes directrices à vocation plus générale. Étaient particulièrement attendues les lignes directrices portant respectivement sur les aides à l'environnement (73) et sur les aides à la recherche, au développement et à l'innovation (74), finalement adoptées au printemps 2014, ainsi que les aides aux entreprises en difficulté (75). Ces dernières, comme les lignes directrices sur les aides dans les secteurs agricole et forestier (76), marquent, semble-t-il, la fin du processus de révision qui devrait s'achever avec une dernière communication sur les projets importants d'intérêt européen commun (ou PIIEC) (77).

Dans ce nouvel ensemble, il est possible d'identifier deux catégories de principes qui ne se situent pas exactement au même niveau. Aux principes d'évaluation des aides *stricto sensu* (1) s'ajoutent, en effet, des principes

(69) Lignes directrices de l'Union européenne pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit (2013/C 25/01), *J.O.U.E.*, C-25 du 26 janvier 2013, p. 1 (ci-après, LD « réseaux »). Voy., pour une présentation sommaire, Rapport sur la politique de concurrence 2013, pt 3, p. 9 (pour principes communs, pts 32-54).

(70) Lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale pour la période 2014-2020 (2013/C 209/01), *J.O.U.E.*, C 209 du 23 juillet 2013, p. 1 (ci-après, LD « aides régionales »). *Adde* : Rapport sur la politique de concurrence 2013, pt 3, p. 9.

(71) Lignes directrices relatives aux aides d'État visant à promouvoir les investissements en faveur du financement des risques (2014/C 19/04), *J.O.U.E.*, C-19 du 22 janvier 2014 (ci-après, LD « financement »). Pour une présentation, voy. *Competition Policy Brief*, n° 1/2014, *A New Rule Book for Risk Finance State Aid*.

(72) Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes (2014/C 99/03), *J.O.U.E.*, C-99 du 4 avril 2014, p. 3 (ci-après, LD « aéroports »). *Adde* : *Competition Policy Brief*, n° 2/2014, *New State Aid Rules for a Competitive Aviation Industry.*

(73) Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 (2014/C 200/01) (ci-après, LD « environnement »), *J.O.U.E.*, C 200 du 28 juin 2014, p. 1.

(74) Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation (2014/C 198/01), *J.O.U.E.*, C-198 du 27 juin 2014, p. 1 (ci-après, LD « RDI »). *Adde* : *Competition Policy Brief*, 5/2014, *Supporting R&D and Innovation in Europe : New State Aid Rules.*

(75) Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers (2014/C 249/01), *J.O.U.E.*, C 249 du 31 juillet 2014, (ci-après, LD « entreprises en difficulté »). *Adde* : *Competition Policy Brief*, 9/2014, *New Rules on Rescue and Restructuring Aid for Industry : the Right Incentives for Innovation and Growth*.

(76) Lignes directrices de l'Union européenne concernant les aides d'État dans les secteurs agricole et forestier et dans les zones rurales 2014-2020 (2014/C 204/01), *J.O.U.E.*, C-204 du 1er juillet 2014 (ci-après, LD « secteur agricole »).

(77) Critères relatifs à l'analyse de la compatibilité avec le marché intérieur des aides d'État destinées à promouvoir la réalisation de projets importants d'intérêt européen commun, C(2014) 3290 (ci-après, LD « PIIEC »), *J.O.U.E.*, C 188 du 18 juin 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

qui encadrent les obligations des États dans la gestion des aides (2). Dans les deux cas, l'analyse économique progresse effectivement.

1. – La systématisation des principes d'évaluation

Selon la Commission, « l'objectif de cette modernisation est de faciliter le traitement des aides qui sont bien conçues et axées à la fois sur les défaillances reconnues du marché et des objectifs d'intérêt commun, et qui sont les moins génératrices de distorsions (78) ». Dans tous les encadrements et lignes directrices révisés est développé, sous l'intitulé « Principes communs », un raisonnement en plusieurs temps (79), le but étant d'opérer un bilan entre les effets positifs liés à la réalisation d'un objectif d'intérêt commun et les effets négatifs potentiels pour les échanges et la concurrence. La technique du bilan est bien connue en droit de la concurrence, mais, à la différence des règles applicables aux entreprises, le bilan économique est ici opéré avant le bilan concurrentiel.

La vérification porte d'abord sur le principe de l'intervention étatique. Plus que dans le passé, il est demandé de vérifier si la mesure contribue à un objectif d'intérêt commun bien défini conformément à l'article 107, paragraphe 3, TFUE. Au-delà de la base juridique (80), les diverses lignes directrices insistent sur le rapport qui doit exister entre le contrôle des aides d'État et les autres objectifs poursuivis par l'Union. En sus du lien parfois établi avec des actions consacrées par le traité (81), tous les nouveaux textes font notamment référence à la « Stratégie Europe 2020 » (82). Dans ce cadre mérite de retenir l'attention la récente et première communication sur les critères applicables aux PIIEC. La base juridique devient alors l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE et, pour être éligible, le projet doit concerner en principe plus d'un État membre (83).

La vérification porte ensuite sur le caractère nécessaire de l'intervention de l'État. La mesure doit cibler une situation où l'aide peut apporter une amélioration significative que le marché est incapable d'apporter à lui seul. En d'autres termes, l'on retrouve le critère de la défaillance du marché qui avait déjà été mis en avant dans le PAAE en 2005. Toutes les lignes directrices insistent en principe sur ce point, mais, si les plus récentes développent une véritable analyse économique fondée sur l'analyse des effets

(78) Rapport sur la politique de concurrence 2012 {SWD(2013) 159 final}, pt 2, p. 7.

(79) Voy., p. ex., LD « réseaux », préc., pts 32 et 33 ; LD « financement », préc., pts 52 et 53 ; LD « aides régionales », préc., pts 25 et 26 ; LD « environnement », préc., pts 26 et 27 ; LD « RDI », pts 36 et 37.

(80) La plupart des textes se rattachent au paragraphe 3, sous c), les aides régionales pouvant également être fondées sur le paragraphe 3, sous a).

(81) Voy., p. ex., art. 179 TFUE pour les LD « RDI ».

(82) Communication « Europe 2020 – Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive » (*COM*[2010] 2020 final du 3 mars 2010) ; voy. LD « déploiement des réseaux », préc., pt 1, avec un renvoi à la communication, « Une stratégie numérique pour l'Europe » [*COM*(2010) 245 final] ; LD « aéroports », pt 2 ; LD « financement », pt 6 ; LD « RDI », pt 3 ; LD « environnement », pts 3 et 8 ; LD « entreprises en difficulté », pt 5.

(83) LD « PIIEC », pt 16.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

externes, des asymétries d'informations, des problèmes de coordination (84), il arrive que d'autres considérations soient mises en avant, comme l'équité ou la cohésion (85).

L'appréciation d'un tel critère s'avère particulièrement délicat en présence d'aides aux entreprises en difficulté, car empêcher une entreprise de sortir du marché ne peut être considéré comme une justification suffisante. Dans les nouvelles lignes directrices, la Commission est obligée d'analyser conjointement la contribution à l'objectif d'intérêt commun et la nécessité de l'intervention de l'État en exigeant de ce dernier qu'il apporte la preuve que l'aide poursuit un objectif d'intérêt commun parce que la restauration de la santé de l'entreprise permet de résoudre de « sérieuses difficultés sociales » ou une défaillance du marché sérieuse (86). La condition de la nécessité de l'intervention de l'État étant, par ailleurs, maintenue, la Commission propose alors brièvement de procéder à ce stade à un test contrefactuel (87).

Le principe de l'intervention étant vérifié, la Commission s'intéresse ensuite à ses modalités. Indépendamment du fait qu'elle doit avoir un effet incitatif, l'aide doit encore présenter un caractère approprié pour atteindre l'objectif poursuivi et répondre au test habituel en droit de l'Union de proportionnalité, c'est-à-dire être limitée au minimum nécessaire, ce qui peut conduire à l'insertion dans certaines lignes directrices de taux d'intensité maximale (88).

La Commission peut déjà à ce niveau prendre en compte les effets négatifs sur la concurrence et les échanges entre États membres, puisqu'elle doit s'interroger sur le point de savoir si d'autres mesures, ou des mesures moins négatives sur la concurrence, pourraient permettre d'atteindre des résultats équivalents. Cependant, la Commission indique qu'elle procède encore à une évaluation des effets négatifs probables, de manière à ce que la mesure soit de nature à limiter les distorsions de concurrence dans le marché intérieur. Certaines lignes directrices contiennent des développements détaillés sur les effets négatifs potentiels du type d'aides examiné : allocation inefficiente des ressources, problèmes de distribution, renforcement du pouvoir de marché de certaines entreprises (89). L'analyse étant opérée par rapport à des marchés identifiés dans les textes, le souci d'introduire

(84) LD « RDI », pts 48 et 49 ; LD « environnement », pts 35 et 36.
(85) LD « aides régionales », pt 26, sous b), LD « aéroports », pt 79, LD « secteur agricole », pt 54.
(86) LD « entreprises en difficulté », pts 43 et 44. Les LD donnent une liste d'exemples, comme un taux de chômage plus élevé que la moyenne nationale, le risque d'interruption de la fourniture d'un SIEG…
(87) *Ibid.*, pt 53.
(88) LD « RDI », pts 72 et s. ; LD « environnement », pts 77 et s. ; LD « secteur agricole », pts 82 et s.
(89) LD « aides régionales », pts 113-140 ; LD « financement », pts 155-165 ; LD « RDI », pts 94-118 ; LD « environnement », pts 88-103 ; LD « secteur agricole », pts 108-127.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

une analyse économique plus fouillée de l'impact des aides d'État est manifeste.

C'est toutefois à nouveau dans les lignes directrices sur les entreprises en difficulté que les économistes trouveront sans doute les développements les plus intéressants (90). La Commission maintient le principe de la légitimité d'une seule intervention, « la première et la dernière fois », mais envisage de manière détaillée les différentes mesures susceptibles de remédier aux distorsions de concurrence identifiées. Les développements évoquent immédiatement la technique des engagements au cœur du contrôle des concentrations et maintenant de l'*antitrust*, avec, en particulier, la distinction entre les mesures dites structurelles et les mesures comportementales (91).

2. – La systématisation des principes d'encadrement

Au-delà des critères d'évaluation, l'on trouve dans toutes les lignes directrices des mesures d'encadrement liées à des objectifs de contrôle. Si le renforcement de la transparence, par ailleurs généralisée en droit de l'Union, ne surprend guère, l'introduction d'une évaluation *ex post* répond véritablement à un souci d'avoir une approche plus économique des aides d'État.

L'exigence de transparence, qui implique que tous – États membres, Commission, mais également opérateurs économiques et citoyens – aient un accès aisé à tous les actes applicables et à toutes les informations utiles sur les aides accordées, est désormais une donnée commune à tous les textes de la modernisation. Les premières mesures adoptées en 2013 posaient déjà le principe de transparence (92), mais les modalités de mise en œuvre ont été harmonisées et renforcées au printemps 2014 à l'occasion des lignes directrices sur les aides à l'environnement et à la recherche et du RGEC (93). Il est désormais exigé des États qu'ils aient dans les deux ans un site Internet contenant toutes les informations utiles, y compris sur les bénéficiaires des aides. Une harmonisation était dans ces conditions utile. Cela explique que la Commission ait adopté en mai 2014 une communication qui met en cohérence les obligations de transparence de toutes les lignes directrices antérieurement révisées dans le cadre de la modernisation avec ces nouvelles modalités (94).

(90) LD « entreprises en difficulté », pts 70 et s.
(91) *Ibid.*, pts 76-93.
(92) LD « financement », pt 166 ; LD « aides régionales », pt 141 ; LD « aéroports », pts 161-163.
(93) LD « environnement », pts 104-106 ; LD « RDI », pt 119 ; RGEC, préc., art. 9.
(94) Communication modifiant les communications de la Commission concernant respectivement les lignes directrices de l'Union européenne pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit, les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale pour la période 2014-2020, les aides d'État en faveur des œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, les lignes directrices relatives aux aides d'État visant à promouvoir les investissements en faveur du financement des risques et les lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes (2014/C 198/02), *J.O.U.E.*, C 198 du 27 juin 2014, p. 30.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

L'exigence d'évaluation est plus nouvelle. Certes, le principe d'évaluation était déjà posé dans les lignes directrices adoptées en 2013 (95). L'objectif était alors de demander aux États une évaluation *ex post* des régimes d'aides pouvant avoir les effets les plus sensibles sur la concurrence, soit ceux portant sur des montants d'aides élevés. Il était précisé que l'évaluation devait être réalisée par un expert indépendant de l'autorité chargée de l'octroi de l'aide, sur la base d'une méthodologie commune, ladite évaluation devant être communiquée à la Commission en temps opportun pour lui permettre de juger de l'opportunité de prolonger la mesure et, en tout état de cause, à l'expiration du régime. Les travaux sur une méthodologie commune pour cette évaluation *ex post* des aides ont parallèlement avancé. À la suite d'une consultation publique, la Commission propose désormais un document de travail qui contient plusieurs méthodes d'analyse (96).

Tout en maintenant le principe et les modalités de l'évaluation *ex post* pour les aides les plus susceptibles d'avoir des effets néfastes, en liaison avec l'adoption du nouveau RGEC, la Commission a revu les conséquences de l'évaluation dans les lignes directrices adoptées en 2014 (97). La première est défavorable aux États membres. La Commission peut limiter la durée de l'exemption accordée au régime d'aides et l'État membre peut avoir à le notifier à nouveau (98). L'autre conséquence est plus favorable. Dans le cas des régimes d'aides exclus du champ d'application d'un règlement d'exemption par catégorie uniquement en raison de l'importance de leur budget, et qui doivent, par conséquent, être notifiés, la Commission appréciera la compatibilité du régime d'aides sur la seule base du plan d'évaluation (99).

En définitive, l'on revient toujours à la question centrale du système : faut-il ou non notifier parce que la mesure répond à la définition d'une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1er, TFUE ? Or, sur ce point, les marges de manœuvre de la Commission sont plus limitées.

B. – La permanence de la notion d'aide d'État

La définition de l'aide d'État reste opérée par la Cour de justice, comme l'ont bien montré en leur temps les débats sur les compensations d'obligations de service public tranchés par la Cour dans l'arrêt *Altmark* et comme le reconnaît elle-même la Commission. Sa marge de manœuvre est limitée, même si, au-delà de la synthèse de la jurisprudence existante, elle peut essayer d'aller au-delà comme elle l'a fait en dernier lieu avec le « paquet Almunia ».

(95) LD « réseaux », pts 170-172 ; LD « aides régionales », pts 142 à 11 ; LD « aéroports », pts 166-168 ; LD « financement », pts 170-172.

(96) Commission, *Staff Working Document*, « Common methodology for state aid evaluation », *SWD*(2014) 179 final, 29 mai 2014.

(97) LD « RDI », pts 120-123 ; LD « environnement », pts 242-245 ; LD « secteur agricole », pts 720-723.

(98) Un délai de quatre ans est évoqué.

(99) LD « secteur agricole », pt 722 ; LD « RDI », pt 122 ; LD « environnement », pt 244.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Sur cette question préalable, mais centrale, la modernisation est seulement l'occasion de se livrer à un exercice pédagogique de clarification.

La Commission l'a fait de manière secondaire dans certaines des nouvelles lignes directrices. Avant d'indiquer les principes d'évaluation applicables aux mesures notifiées, elle rappelle parfois les éléments constitutifs de l'aide et les principales difficultés rencontrées dans les secteurs couverts par le texte. Par exemple, les lignes directrices sur les aéroports et le déploiement des réseaux passent en revue toutes les conditions (100) tout en contenant des développements substantiels sur le financement des SIEG (101). Des explications détaillées sur la qualité d'entreprise du bénéficiaire figurent également dans les lignes directrices « RDI » (102), de même que des passages sur le critère de l'investisseur ou de l'opérateur privé en économie de marché dans les lignes directrices sur les réseaux et le financement (103).

Allant plus loin, pour la première fois, la Commission envisage d'adopter une communication à portée générale. Les consultations sur le projet (104) ont eu lieu au début de l'année 2014. On se bornera à deux remarques générales sur cette synthèse de la jurisprudence portant sur les cinq éléments constitutifs de l'aide d'État : la qualité d'entreprise du bénéficiaire, l'origine étatique, l'avantage, la sélectivité de la mesure, l'affectation des échanges et de la concurrence. Sur les cinquante-quatre pages du texte, la quasi-totalité est consacrée aux éléments juridiques de la notion d'aide, deux pages portant sur l'affectation des échanges et de la concurrence. Par ailleurs, ce texte à portée générale devrait entraîner l'abrogation de trois communications centrées sur la notion d'aide. Les développements sur l'opérateur privé en économie de marché à propos du critère de l'avantage permettraient, en effet, de faire disparaître la « vieille » communication sur le secteur manufacturier, ainsi que celle sur la vente des terrains publics, tandis que les passages sur la sélectivité des mesures fiscales pourraient justifier la disparition du texte sur les mesures de fiscalité directe.

Il est temps de conclure. L'expression de « réforme en demi-teinte » a parfois été utilisée pour décrire ce mouvement de modernisation. Il est vrai que l'appréciation était portée à mi-parcours alors que le nouveau RGEC et les dernières lignes directrices sur la RDI et l'environnement n'étaient pas encore adoptés. Les textes de 2014 sont sensiblement plus novateurs que ceux de 2013. Finalement, l'on retrouve bien les deux aspects dans la modernisation annoncée, même si l'ampleur de la réforme ne peut être qualifiée de révolution copernicienne, comme cela a été pour l'application des articles 101 et 102 TFUE. Le bilan est plus proche de celui qui peut être

(100) LD « réseaux », pts 10-15 ; LD « aéroports », pts 26-45.
(101) *Ibid.*, pts 18-27 et pts 67, 74 et s.
(102) LD, « RDI », pts 17-34.
(103) LD « réseaux », pts 16 et 17 ; LD « aéroports », pt 46 ; LD « financement », pt 29.
(104) Projet de communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État au sens de l'art. 107, § 1er, TFUE, 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

opéré en matière de contrôle des concentrations, ce qui, au demeurant, n'est pas surprenant, puisque les deux systèmes reposent sur des caractéristiques identiques, la seule différence tenant au fait qu'il n'existe pas de contrôle national des aides d'État pour prendre le relais de celui de la Commission. Si, au-delà du vocabulaire, des outils et des méthodes, l'impact réel de l'analyse plus économique est difficile à évaluer, sur le plan procédural, l'extension des outils du droit *antitrust* est un élément marquant. Finalement, il y a bien une unité du droit de la concurrence et il n'est plus possible de prétendre aujourd'hui que le droit des aides d'État n'en relève pas.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Regards sur la modernisation du contrôle des aides d'État
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

GAME OF ZONE ?
LA LISBONNISATION DE L'ESPACE DE LIBERTÉ, DE SÉCURITÉ ET DE JUSTICE EN QUESTIONS

Henri LABAYLE

Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour
Directeur du CDRE, Centre d'Excellence Jean Monnet AQEUR

Cinq années après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la période transitoire organisée par son protocole n° 36 s'achève. Elle nourrit les interrogations quant à l'avenir de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) dont les espérances nées au lendemain de Lisbonne n'ont pas toutes été confirmées, loin de là.

Jeux de pouvoir et luttes d'influence persistent à faire de la JAI un feuilleton fascinant, digne des meilleurs succès télévisuels, déroutant ses observateurs et incomparable avec les autres pans de la construction européenne. Sans relâche, intrigues et doubles langages conduisent aux mêmes impasses, systématiquement surmontées pourtant. Inlassablement, l'europessimisme s'y nourrit et se confronte à une euro-béatitude facilement oublieuse des progrès de la criminalité organisée et des morts de Lampedusa. Tout aurait donc changé pour que rien ne change ?

La banalisation de la JAI opérée à Lisbonne n'a pas débouché sur les avancées que l'on était en droit d'attendre, ni du point de vue de la légitimité de l'intervention de l'Union ni de celui de son efficacité. De 2009 à 2014, l'Union n'a pas été capable d'impulser une dynamique convaincante et la normalisation du traitement des questions JAI n'a produit en définitive que de maigres fruits (1). Et même lorsque ces derniers sont prometteurs comme l'est le « paquet asile » de seconde génération, leur bénéfice est aussitôt dépassé par la complexité des choses, l'accélération des crises et la brutalité des évolutions de la société internationale.

Pire, les opinions se retournent et le dossier ELSJ en arrive même parfois à symboliser l'échec de la méthode communautaire comme l'illustrent les controverses sur la disparition des contrôles aux frontières intérieures et la communautarisation des frontières extérieures. Leur impact dans le débat électoral européen contredit en définitive l'opinion de ceux qui voyaient dans une réponse institutionnelle adaptée la solution aux défis interpellant le continent européen. Faute d'explication globale de l'impuissance de

(1) Ph. De Bruycker et H. Labayle, « Toward the negociation and adoption of the Stockholm Programme, successor for the period 2015-2020 », Parlement européen, Bruxelles, 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'Union à investir efficacement ces matières régaliennes, s'interroger sur les raisons profondes de cette déception est donc nécessaire. Au moins à propos des justifications qui seraient propres au modèle européen.

Cela est possible en se centrant exclusivement sur le processus d'édification de l'ELSJ, quitte à tenir les questions matérielles à l'écart. On y vérifie à quel point cet espace est, dans le même temps, rebelle à l'assimilation et révélateur des difficultés classiques de l'intégration européenne. D'où le besoin de réfléchir aux conditions dans lesquelles les traités ont entendu rénover en profondeur l'Espace de liberté, en le « lisbonnisant ».

Le traité exprime d'abord la volonté d'en aligner les modalités sur le droit commun, autant que possible, tout en traduisant la volonté des États membres de conserver la main en tant que de besoin sur son fonctionnement. Des stratégies multiples organisent ce paradoxe : dispositif particulier de mesures transitoires concernant le statut des actes et le contrôle des engagements, clauses de « frein-accélérateur », constitutionnalisation de schémas de « coopération » entre États membres, pourtant régis selon la méthode communautaire…

La « lisbonnisation » n'est donc pas seulement un terme en vogue dans les couloirs européens, un néologisme à la mode que l'on appliquerait à toute politique rénovée, pour faire savant (2). Il s'agit d'une réalité différente, d'un procédé d'inscription de politiques anciennes dans le nouveau dispositif organisé par le Traité de Lisbonne. Ce serait une erreur de croire que « lisbonniser » et « communautariser » auraient le même sens, la construction baroque de Lisbonne étant marquée par la précarité (3).

Cette « lisbonnisation » de la JAI met à jour un processus juridique et politique à part entière qui est accentué par deux novations du traité. L'écriture d'un protocole dédié spécifiquement aux dispositions transitoires lui fournit d'abord une base légale, portant témoignage d'une négociation difficile (4). Ensuite, l'ensemble de ce processus est transfiguré par son intégration dans un cadre où l'action de l'Union se fonde sur des valeurs commandant des choix d'organisation relevant de l'État de droit (5). Toute comparaison serait vaine de ce fait avec « l'amsterdamisation » technique intervenue en 2004.

---

(2) Le terme apparaît pour la première fois dans un texte officiel de l'Union avec la résolution du Parlement européen du 15 décembre 2010 (P7_TA(2010) 483) dont le paragraphe 23 appelle à la « lisbonnisation » de l'acquis. Voy. également le document du Conseil 6429/10 provoquant des réactions ironiques (http://julienfrisch.blogspot.be/2010/03/new-verbs-in-eu-to-lisbonise.html).

(3) À la fois en raison des nombreuses passerelles existantes et de l'évolution du rôle des agences dessiné par le traité.

(4) Pour le droit commun, puisque quatre titres lui sont consacrés, mais aussi pour la PESC et l'entraide répressive réglées par trois titres.

(5) E. de Capitani, « Metamorphosis of the third pillar : the end of the transition period for EU criminal and policing law », http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/07/metamorphosis-of-third-pillar-end-of.html.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Cette originalité implique, bien sûr, un effort profond d'adaptation de l'existant, tant sur le plan matériel que procédural. Mais la « lisbonnisation » de l'ELSJ marque aussi l'engagement des États à s'impliquer sans esprit de retour dans ce nouvel espace dessiné à Lisbonne, en acceptant la plénitude de ses contraintes.

Ce passage du gué s'effectuera le 1er décembre 2014 et il présente un caractère fondamentalement politique. L'Union européenne est en effet à la recherche tant d'une cohérence fonctionnelle (I) que d'une cohésion structurelle (II), que la réussite de la « lisbonnisation » de l'ELSJ peut aider à résoudre.

I. – À LA POURSUITE D'UNE COHÉRENCE FONCTIONNELLE

Intégrer l'ancien troisième pilier dans un schéma de fonctionnement ordinaire n'est pas simple tant les mentalités y sont rebelles. Si la fin de la période de transition doit permettre de trouver une cohérence juridique (A), l'équilibre institutionnel demandera à être dessiné plus clairement (B).

A. – Achever la normalisation juridique

Le changement n'était pas pour maintenant, en matière JAI aussi. Volontairement. La Conférence intergouvernementale a organisé la transition du troisième pilier intergouvernemental vers la méthode communautaire sur la base du protocole no 36 en privilégiant deux axes, institutionnel et normatif. On s'attachera ici au second, à la fois pour dresser un inventaire (a) et en tirer la conséquence (b).

a) Le titre VII du protocole no 36 règle les « dispositions relatives aux actes adoptés sur la base des titres V et VI du TUE avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ». Ce point n'était pas évoqué par son prédécesseur en 2004, le protocole no 34 accompagnant le traité portant Constitution, apparition illustrant l'opiniâtreté des négociateurs britanniques.

Son article 9 pose un principe : celui de la préservation des effets des actes des institutions et des conventions entre États membres adoptés avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne « aussi longtemps que ces actes n'auront pas été abrogés, annulés ou modifiés en application des traités ». En d'autres termes, il vitrifie la législation de l'Union en matière JAI durant cinq ans.

D'où sa principale conséquence politique : conduire à l'immobilisme normatif, dans l'attente de la date butoir du 1er décembre 2014. Aussi, la Déclaration 50 annexée au traité souligne que « la Conférence invite le Parlement européen, le Conseil et la Commission, dans le cadre de leurs attributions respectives, à s'efforcer d'adopter, dans les cas appropriés et dans la mesure du possible dans le délai de cinq ans visé à l'article 10, paragraphe 3, du protocole sur les dispositions transitoires, des actes juridiques modifiant

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

ou remplaçant les actes visés à l'article 10 § 1 ». Elle est largement restée un vœu pieux. Les « décisions-cadres », « positions communes » et autres « décisions » de l'ancien article 34 TUE sont donc demeurées en l'état à ce jour, les différents programmes de travail de l'Union se gardant bien d'en faire une priorité.

En effet, toute modification de l'état du droit positif entraîne *ipso facto* l'application des nouvelles règles du traité et, en particulier, les prérogatives institutionnelles de la Commission et de la Cour de justice. Le paragraphe 2 de l'article 10 le souligne, en précisant que « toute modification » d'un acte de coopération policière et judiciaire possède cet effet à l'égard des États membres.

La fin de la période transitoire approchant, faire l'inventaire des actes déjà « lisbonnisés » ou en passe de l'être devenait indispensable. Cet ensemble de textes s'est constitué depuis 2009 de deux façons : par la modification d'une règle existante ou bien l'adoption d'une nouvelle législation. Ce travail a été confié à la Commission (6) qui a mis au jour une liste d'actes « lisbonnisés » comportant cent vingt-trois textes en matière répressive. Sa lecture est tellement complexe qu'elle renforce, si besoin en était, la nécessité d'une meilleure transparence aux yeux du public. Qu'on en juge.

Une première strate de l'acquis de l'ex-troisième pilier est formée des actes d'ores et déjà « lisbonnisés » parce qu'ayant été remplacés par un règlement, une directive ou une nouvelle décision répondant à la terminologie du TFUE. On y trouve des textes aussi importants que la directive 2011/36 sur la traite des êtres humains, la directive 2011/93 sur la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants, la directive 2012/29 sur le statut des victimes ou les décisions PNR avec les États-Unis ou l'Australie.

Dans certains cas, le Royaume-Uni ou l'Irlande ont pu exprimer leur volonté de ne pas être liés, en vertu de leur position particulière à l'égard de la coopération judiciaire et policière organisée par le protocole n° 21. Il en va ainsi de la décision d'enquête européenne en matière pénale instituée par la directive 2014/41 acceptée par le Royaume-Uni seulement ou de la directive 2014/42 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne rejointe par l'Irlande seulement.

Un second niveau est composé de textes en passe d'être « lisbonnisés », c'est-à-dire ayant d'ores et déjà fait l'objet d'une initiative législative en cours de discussion, sans que l'on préjuge du résultat de la procédure avant le 1er décembre 2014.

Au premier rang d'entre eux figurent les propositions de règlement visant les deux agences que sont Europol et Eurojust. L'inertie coupable de la Commission et du Conseil fait, en effet, que, cinq années après l'entrée en vigueur du traité dont les articles 85, paragraphe 1er, et 88, paragraphe 2, TFUE prévoient expressément une réforme de leur statut, les propositions

(6) *SWD*(2014) 166.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de texte ont été déposées seulement en 2013, le Royaume-Uni n'ayant pas opté pour ces textes.

Enfin, un troisième ensemble composant l'acquis est formé d'actes relevant de Schengen et qui ont déjà été « lisbonnisés » soit pour l'ensemble des États membres, tels que le règlement 1053/2013 portant sur la création d'un mécanisme d'évaluation, soit n'ont pas reçu l'aval de l'Irlande, par exemple à propos de l'assistance mutuelle et de la décision d'enquête européenne.

À cet ensemble, il faut évidemment ajouter la proposition de réglementation en cours relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes aux fins de prévention, d'enquête, de détection ou de poursuite d'infractions pénales ou l'exécution des sanctions pénales dont la base juridique se situe hors du titre V du TFUE et repose sur les articles 16, paragraphe 2, TUE et 114, paragraphe 1er, TFUE.

b) D'ores et déjà, ce *corpus* de textes est soumis au jeu normal du traité, du fait de sa « lisbonnisation ». Il relève donc d'une intervention normale de la Commission au titre de la procédure de constatation de manquement et de la plénitude de juridiction de la Cour de justice telle qu'elle est organisée par le traité.

Ce n'est pas rien de souligner qu'en vertu du protocole no 36, l'ensemble de la coopération policière et judiciaire va relever du même régime à compter du 1er décembre 2014 tant la question de l'évaluation et du contrôle juridictionnel de cette coopération est essentielle pour la cohérence de l'ELSJ.

Jusque-là, en effet, pour le bloc des « actes non lisbonnisés », le jeu de l'ex-article 35 TUE était maintenu. La Cour ne pouvait connaître que des seuls recours en annulation, des renvois à titre préjudiciel et du règlement des différends. Ceci avec nombre de limites : exclusion du Parlement et des individus du recours en annulation, clauses limitatives de la compétence préjudicielle de la Cour refusée par neuf États membres (7). Quant au recours en constatation de manquement, en responsabilité ou en carence, il n'en était pas question.

Or tout démontre aujourd'hui que l'un des leviers les plus efficaces qui puisse assurer l'efficacité des mécanismes de la coopération judiciaire et policière tient dans le contrôle des engagements souscrits par les États. L'un des rares intérêts des récentes « lignes directrices » en matière JAI adoptées par le Conseil européen (8) à la fin du mois de juin tient dans ce constat. La Commission vient du reste d'en faire la démonstration, avec une

(7) La Bulgarie, le Danemark, l'Estonie, l'Irlande, Chypre, Malte, la Pologne, la Slovaquie et le Royaume-Uni.

(8) Conseil européen, *Conclusions*, 26 et 27 juin 2014, EUCO 79/14 ; voy. Ph. De Bruycker, « The missed opportunity of the "Ypres guidelines" of the European Council regarding immigration and asylum », http://blogs.eui.eu/migrationpolicycentre/the-missed-opportunity-of-the-ypres-guidelines-of-the-european-council-regarding-immigration-and-asylum/.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

certaine malice, en utilisant la clause classique de suivi de l'application des décisions-cadres, faute d'être encore à même de menacer les États membres d'une procédure de manquement.

Comme elle l'avait constaté déjà à propos du mandat d'arrêt européen, elle a retenu comme terrain d'exercice diverses décisions-cadres concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de justice prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté, des mesures de probation et peines de substitution, ainsi que des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire (9), sur la prise en compte des décisions de condamnation (10) et sur le règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales (11).

Elle y administre sans difficulté la preuve de la négligence et de la mauvaise volonté des États à s'acquitter de leurs obligations. Ceci préfigure ce que, demain, un usage déterminé du recours en constatation de manquement pourrait apporter à la cohésion de l'ELSJ, exactement au même titre qu'hier, cette procédure a permis de garantir le fonctionnement du marché intérieur.

Encore faut-il que cette détermination existe et que la conduite institutionnelle du domaine JAI soit réformée.

B. – Dégager un équilibre politique

La « lisbonnisation » de la coopération répressive ne signifie pas seulement l'acceptation des institutions tenues à l'écart jusqu'alors. Elle implique surtout que l'esprit caractérisant la « méthode communautaire » imprègne cette coopération. L'expérience enseigne les limites des réformes institutionnelles en matière JAI, comme l'illustre l'absence de révolution des politiques migratoires après leur communautarisation depuis 2004. C'est donc d'un changement de perspectives qu'il est question, exprimé à la fois par la place réservée à la Charte des droits fondamentaux et à son juge (a) et l'équilibrage du Meccano institutionnel (b).

---

(9) Rapport au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre par les États membres des décisions-cadres 2008/909/JAI, 2008/947/JAI et 2009/829/JAI concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de justice prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté, des mesures de probation et peines de substitution, ainsi que des mesures de contrôle en tant qu'alternatives à la détention provisoire, *COM*(2014) (57). Dix États membres pour la première décision-cadre, quatorze États pour la seconde et seize pour la troisième sont en retard de transposition.

(10) *COM*(2014) 312, Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre, par les États membres, de la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale. Six États membres n'ont pas notifié de mesure de transposition.

(11) *COM*(2014) 313, Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre, par les États membres, de la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales. Treize États membres n'ont pas notifié les mesures de transposition.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

a) On se bornera, concernant la Charte des droits fondamentaux, à quelques banalités, dont, curieusement, tous n'ont pas encore pris conscience, manifestement.

La première est que la justiciabilité de la Charte rend impossible désormais de ne pas la prendre sérieusement en compte, dans l'élaboration comme dans l'application de la législation de l'Union. Les déflagrations successives de l'arrêt strasbourgeois *Hirsi (*12*)* et de sa déclinaison luxembourgeoise *NS* (13) ont relativisé la confiance des États membres quant à leur respect mutuel des valeurs de l'Union : elle ne bénéficie que d'une simple présomption, réfragable. Cette idée ne s'arrête pas au domaine de l'asile, elle est parfaitement transposable à propos du mandat d'arrêt européen et de la reconnaissance mutuelle qui charpente la coopération policière et judiciaire.

Le séisme récent provoqué par l'arrêt *Digital Ireland* (14) renforce le sentiment de cette précarité normative. L'ensemble de la législation de l'Union en matière d'entraide répressive est désormais sous contrôle, du juge qui plus est, et sans doute demain placé aussi sous le regard d'un juge extérieur, celui de Strasbourg. Cet apport de la « lisbonnisation », celui de la reconfiguration de l'ELSJ autour du juge, est majeur (15).

Car la seconde remarque tient précisément au rôle tenu par le juge en matière d'entraide répressive où il est bien davantage qu'un arbitre des conflits entre acteurs. Ayant refusé d'être simple « spectateur » (16), il est amené à remplir les silences que des négociations mal conduites laissent subsister dans la législation et même dans les traités. Le mode d'emploi de l'ELSJ qu'il dessine de plus en plus clairement dans sa jurisprudence ne saurait être ignoré du véritable législateur. Là encore, sa jurisprudence sur la protection des données en inflige la démonstration aux sceptiques et elle fait furieusement penser aux réserves d'interprétation du juge constitutionnel lorsque ce dernier exerce son office.

Qu'il s'agisse des textes passés ou à venir, la « lisbonnisation » de l'entraide répressive place donc le juge au centre de l'échiquier à un point que les auteurs du traité n'avaient peut-être pas anticipé. D'abord parce qu'elle fragilise un certain nombre de constructions actées, susceptibles d'être contestées par la voie de l'appréciation de validité par des citoyens de l'Union, comme ce fut le cas à propos de la directive 2006/24 sur la conservation des données. Ensuite, parce que la négociation des législations à venir devra forcément intégrer le risque contentieux de façon plus systématique,

(12) Cour eur. D.H., *Hirsi Jamaa c. Italie*, 23 février 2012, req. nº 27765/09.
(13) C.J.U.E., 21 décembre 2011, *NS*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec.*, 2011, p. I-13905.
(14) C.J.U.E., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd.*, C-293/12.
(15) H. Labayle, « Judiciarisation et droits fondamentaux dans l'espace pénal européen », *Critical Quaterly for Legislation and Law*, 2012, nº 4, p. 352.
(16) H. Labayle, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *Rev. trim. dr. eur.*, 2006, nº 1, p. 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

c'est-à-dire assumer le respect de la Charte des droits fondamentaux autrement que par un considérant balai.

b) L'équilibrage institutionnel impliqué par la « lisbonnisation » n'est pas un simple ajustement destiné à ménager une place à chaque acteur. Il est bien autre chose.

Le fonctionnement de l'ELSJ impose, en effet, une adaptation du positionnement de chacun à la réalité des traités. À la condition évidemment de les lire : réclamer une communautarisation intégrale de l'ELSJ est tout aussi contraire à la lettre des traités que prétendre conserver les postures intergouvernementales qui le caractérisent depuis un quart de siècle. Le dialogue de sourds qui semble s'établir à la veille de la fin de la période de transition se résume souvent à cette double erreur.

L'entraide répressive dans l'Union européenne relève d'une logique intergouvernementale, c'est un fait. Elle est placée par les traités sous le sceau de la « coopération » entre autorités judiciaires et policières, et nombre de verrous garantissent ce choix : clauses de frein-accélérateur, priorité donnée à la reconnaissance mutuelle sur l'intégration législative (17) ... Mais, dans le même temps, elle est gérée par des institutions de l'Union agissant selon les procédés de l'intégration européenne, colégislation et contrôles divers. C'est un autre fait, aussi certain.

Tout l'enjeu de la « lisbonnisation » de l'entraide tient donc dans la capacité de l'Union à inventer un point d'équilibre entre droit commun et particularisme, à mi-chemin entre les comportements d'hier et l'ordinaire d'aujourd'hui, rendant compatibles les contradictions organisées par les traités. On en est loin, tant le Conseil a continué à exercer ici son influence exclusive.

La Commission, en premier lieu, n'a pas joué le rôle qui aurait pu être le sien dans un paysage institutionnel fortement rénové. Pourtant, toute « lisbonnisation » passe par la restauration d'une Commission forte.

Outre l'échec d'une division en deux portefeuilles mal découpés, le dossier coopération « judiciaire » pénale étant largement exclu de la « Justice » où l'on s'attendait à le trouver, l'absence de leadership et de volonté de transversalité explique sans doute cette impuissance et la déception. Sévèrement contrée lors de l'élaboration du Plan d'action mettant en œuvre le Programme de Stockholm (18), largement absente sur le dossier protection des données ou dimension externe de la JAI, la Commission n'a pas pris ses responsabilités et elle a préféré s'abriter derrière les États membres. Sa répugnance à investir le domaine du manquement et de l'évaluation a été évidente, le scandale grec en matière d'asile ou certains aspects de la lutte contre le terrorisme soulignant ses silences coupables. Phénomène passager

(17) V. Mitselegas, « European criminal law and resistance to communautarisation after Lisbon », *New Journal of Criminal Law*, vol. I, Issue 4, 2010 p. 458.

(18) *COM*(2010) 171.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

ou durable ? L'achèvement de la « lisbonnisation » y apportera réponse autant que la détermination de son nouveau président.

Le Parlement européen, enfin devenu colégislateur, n'a pas été complètement bridé par l'immobilité normative de l'exécutif. Dans les secteurs où les textes en cours étaient révisés ou des propositions législatives le lui permettaient, il a immédiatement transposé à la matière JAI sa capacité de négociation et, surtout, sa maîtrise du compromis permettant d'aboutir rapidement, en première lecture. Tout en usant avec divers bonheurs de sa stratégie contentieuse, il n'a pas hésité, lui, à se positionner sur des dossiers essentiels pour un traitement équilibré de la JAI, quitte à forcer l'écriture du traité. Le mécanisme d'évaluation Schengen en a été une première illustration, malgré la lettre du traité réservant les prérogatives du Conseil qu'une « passerelle » a désormais entamée (19).

Le dossier de la suite à donner au Programme de Stockholm est un bon révélateur des jeux de rôle institutionnels qui conditionnent les potentialités de l'ELSJ. Certes, Jörg Monar a raison, il est inutile de cultiver la « nostalgie de Tampere », et le temps des ambitions fait place à celui de la gestion. Du point de vue technique en effet, prévision et planification et évaluation de l'action publique s'avèrent absolument indispensables en un temps où l'ELSJ a dépassé la phase normative pour approfondir sa dimension exécutive.

Le contexte ambiant faisait cependant de cet épisode un enjeu significatif.

Quelques semaines après l'élection du Parlement européen et avant la nomination du nouveau président de la Commission, cette échéance n'était pas neutre. Volonté délibérée d'ignorer cette donne démocratique ou indifférence consommée à l'égard d'acteurs estimés secondaires d'un jeu qu'il estime être le sien, le Conseil européen a adopté les « lignes directrices » définissant les orientations stratégiques pour la planification législative et opérationnelle de l'ELSJ, le 27 juin 2014 à Ypres. En conformité avec l'article 68 TFUE, cette démarche solitaire relève incontestablement d'un temps intergouvernemental dépassé et elle doit être mise en perspective avec l'attitude des autres protagonistes.

La Commission n'en a eu cure, confirmant son hostilité déclarée à un nouveau Programme (20), en ligne avec son refus étonnant de procéder à un bilan de celui de Stockholm dont elle avait décliné un Plan d'action (21)… Pourtant, l'article 17 TUE qui indique qu'elle « prend les initiatives de la

(19) Règlement nº 1053/2013 du Conseil du 7 octobre 2013 portant création d'un mécanisme d'évaluation et de contrôle destiné à vérifier l'application de l'acquis de Schengen et abrogeant la décision du comité exécutif du 16 septembre 1998 concernant la création d'une commission permanente d'évaluation et d'application de Schengen, *JO*, L 295 du 6 novembre 2013.

(20) « The future EU Justice and Home Affairs agenda : questions and answers », mémo 14/174 de la Commission, 11 mars 2014, p. 5.

(21) À comparer avec son travail relatif au programme précédent, le Programme de La Haye : *COM*(2009) 263.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

programmation annuelle et pluriannuelle de l'Union pour parvenir à des accords interinstitutionnels » ne lui autorisait-il pas plus d'ambition qu'une communication banale (22) ?

Le Parlement a adopté une stratégie tout autre, alors que les traités ne lui accordent ici formellement aucune prérogative. Critiquant l'attitude du Conseil européen par l'intermédiaire de son président autant que le silence de la Commission, il a adopté une résolution (23) démontrant sa volonté de parvenir à un accord interinstitutionnel sur la programmation de l'ELSJ. Devenu législateur à part entière, il sait, en effet, être un point de passage obligé… Ce faisant, le paradoxe de la « lisbonnisation » s'avère intenable : il n'est pas possible de concilier la suprématie exclusive des États membres avec un système que l'on prétend démocratiser.

Décrypter la réalité peut, alors, s'avérer encourageant. Les « lignes directrices » en question s'avèrent d'une platitude absolue, sinon d'un vide sidéral dans leur substance. Elles consacrent deux paragraphes sur treize aux enjeux de l'entraide répressive, se bornant à lister des initiatives déjà connues, sans aucun calendrier ou priorité autre qu'un rendez-vous en 2015 pour mettre à jour la stratégie de sécurité intérieure…

Comment ne pas deviner alors les espaces de liberté et d'initiatives qui s'ouvrent alors à la Commission et au Parlement, faute d'un cadre contraignant qui aurait pu leur être opposé, et pour peu qu'elles aient la volonté politique de s'en emparer ? Tel est, aussi, l'un des enjeux de la « lisbonnisation ».

II. – À LA POURSUITE D'UNE COHÉSION STRUCTURELLE

L'ELSJ exige une cohésion structurelle minimale pour son fonctionnement normal. Après avoir été longtemps vantée, son unité spatiale est aujourd'hui remise en question et elle appelle clarification, dans la définition de ses participants comme dans la définition de son objet (B).

A. – Définir l'espace commun

Au lendemain de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le champ d'application territorial des politiques et coopérations mentionnées dans le titre V du TFUE semblait acquis. Un territoire, un droit… la maxime ancienne trouvait son aboutissement dans l'Union. Les cinq années passées jettent un trouble sur cette vision, trouble qui peut être passager à propos de la libre circulation (a) comme irrémédiable à propos de l'entraide (b).

(22) *COM*(2014) 154, « Faire de l'Europe ouverte et sûre une réalité ».
(23) Parlement européen, « Examen à mi-parcours du programme de Stockholm », 2 avril 2014, P7_TA(2014)0276.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

a) La consolidation de l'espace Schengen était acquise, avant même le Traité de Lisbonne, puisque le traité précédent avait permis la communautarisation de son acquis notamment avec le Code frontières « Schengen ». L'absence de contrôle aux frontières intérieures paraissait donc entrée définitivement dans le patrimoine génétique de l'Union. Il n'apparaissait pas imaginable de revenir en arrière, d'en contester le principe, en particulier du point de vue des droits des citoyens de cette Union. L'extension de cet espace à des États tiers à l'Union, de l'Islande à la Suisse, confortait ce succès.

La fin de la période transitoire marque un raidissement très net. Elle entame les certitudes, tant sur les plans politique que technique. On mettra sur le compte du prurit électoral les déclarations à l'emporte-pièce souhaitant l'abandon de Schengen, qui omettent en toute ignorance son appartenance à l'acquis communautaire. Mieux vaut mesurer à quel point cette remise en cause, même verbale, est révélatrice d'une greffe moins définitive qu'on ne le croyait. Mise en lumière à l'occasion du printemps arabe, soulignée par le référendum négatif suisse, la crise de l'espace Schengen s'est systématisée au point de devenir un lieu commun de la campagne électorale européenne de 2014 et même de s'élargir en remettant en cause un pilier de la construction communautaire : la libre circulation de ses travailleurs...

Le doute se justifie à la vue de l'extraordinaire patchwork tissé au fil des années : outre le refus initial des îles britanniques et la controverse danoise qui ont fait l'objet de protocoles particuliers, repris à Lisbonne, la situation géopolitique de Chypre a conduit *de facto* à ménager une place à part à quatre États membres. Le droit commun des adhésions à l'Union, ensuite, a organisé un ralliement à l'espace Schengen en deux temps : si les traités d'adhésion ont précisé que la plupart des dispositions de l'acquis Schengen s'appliquaient à la date de cette adhésion, en revanche, la participation effective au fonctionnement de cet espace a été décalée au moment où ces États seraient en capacité d'être des acteurs à part entière. Cette réserve concerne principalement l'abolition des contrôles aux frontières intérieures, la liberté de déplacement et l'utilisation du Système d'information Schengen. D'où des blocages inévitables dont on peut se demander s'ils ne sont pas durables, comme à propos de la Roumanie et de la Bulgarie, frappées d'un veto quant à leur entrée effective, puisque l'unanimité des États est requise pour que celle-ci ait lieu...

Un ensemble disparate en résulte, dont la complexité est accrue par l'imagination des négociateurs des « opt-out » et des « opt-in » de l'époque : afin de favoriser la participation des réfractaires, celle-ci est possible pour les aspects ne relevant pas de la suppression des contrôles aux frontières intérieures, ce qui permet de les associer à l'essentiel, c'est-à-dire à la coopération policière et judiciaire et à nombre de questions migratoires. De manière asymétrique : là où les uns (le Danemark) s'avèrent prudents pour tout ce qui n'est pas acquis de Schengen, les autres (le Royaume-Uni) n'éprouvent aucune difficulté à s'y engager. En d'autres termes, ce qui est considéré

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

comme du droit de l'Union peut présenter un attrait à leurs yeux, tandis que l'acquis Schengen produit un effet répulsif, ce qui explique les contentieux perdus sur ce terrain.

Cette absence d'unité est dommageable pour l'espace commun : en définitive, un cinquième des États membres de l'Union n'y est pas pleinement partie. Elle n'est pourtant rien au regard de la menace de l'un d'entre eux de s'en éloigner.

b) Pour la première fois en effet, un État s'est ménagé dans les traités la possibilité de se dégager d'une politique majeure de l'Union, le Royaume-Uni. Il entend faire usage de cette possibilité.

En vertu de l'article 10, paragraphe 4, du protocole n° 36, le Royaume-Uni a le droit d'exercer un « opt-out » à l'égard de l'ensemble des actes relevant de la coopération judiciaire et policière (24). Cette faculté est soumise à la condition formelle d'en informer ses partenaires six mois avant l'expiration de la période transitoire et à une motivation matérielle : son refus des attributions définitives des institutions de l'Union concernant les actes de cette coopération, c'est-à-dire, en clair, la pleine compétence de la Commission et de la Cour de justice.

C'est chose faite depuis le 24 juillet 2013, avec une lettre officielle du représentant permanent britannique informant ses partenaires (25). Une conséquence majeure découle de cette décision unilatérale : l'ensemble des actes relatifs à la coopération judiciaire et policière en matière pénale cessera de s'appliquer à l'égard du Royaume-Uni.

D'où l'existence d'une issue de secours, celle d'un « opt-back-in » prévu par le paragraphe 5 du même article 10 qui offre au Royaume-Uni la possibilité de « notifier au Conseil son souhait de participer à des actes qui ont cessé de s'appliquer à son égard ».

Les deux procédures ne sont manifestement pas du même ordre : c'est discrétionnairement que l'*opt-out* peut être décidé par le Royaume-Uni, droit qu'il peut exercer unilatéralement. Mais radicalement aussi : les autorités britanniques ne disposent d'aucune marge de manœuvre, enfermées qu'elles sont dans une logique de « tout ou rien », consistant à répudier l'ensemble de la législation ou d'accepter son nouveau régime juridique. En revanche, « l'opt-back-in » se présente comme beaucoup plus problématique : les mêmes autorités ne peuvent que « souhaiter » réintégrer une part de la législation, avec l'accord des autres protagonistes et sous conditions dont la position sera évidemment dépendante d'éléments de contexte difficiles à maîtriser...

(24) H. Labayle, « *Within you, without you* : l'*opt-out* britannique en matière répressive », *Europe*, 2013, n° 2, p. 2 ; S. Peers, *The UK Opt In to Pre-Lisbon EU Criminal Law Statewatch Analysis*, July 2014.

(25) Secretary of State for the Home Department, *Decision pursuant to Article 10 of Protocol 36 to The Treaty on the Functioning of the European Union*, July 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Les mesures relevant du droit de l'Union constituent la part la plus importante, et de loin des actes concernés, du mandat d'arrêt européen à Europol en passant par la coopération pénale. La Commission examine la demande en vertu des prérogatives qui sont les siennes dans le cadre de la coopération renforcée (26). Elle peut, à cet égard, dans un délai de quatre mois après notification, accepter la demande britannique ou bien la soumettre à la satisfaction de conditions particulières. En revanche, pour les mesures tenant à Schengen, c'est-à-dire la coopération policière ou le SIS, le Conseil en décide en vertu de l'article 4 du protocole n° 19 intégrant l'acquis de Schengen, à l'unanimité et sans qu'il soit formellement prévu de conditions matérielles ou d'intervention quelconque de la Commission ou du Parlement.

Le passé est relativement instructif de ce point de vue, la Commission ayant toujours manifesté une large compréhension en matière d'*opt-in* britannique (27), à l'inverse des raidissements du Conseil en matière Schengen tranchés parfois par la Cour de justice en sa faveur. Outre l'ouverture de principe des coopérations renforcées, leur logique conduit, en effet, l'exécutif communautaire à susciter la plus large participation possible à l'action commune.

C'est donc moins sur le principe de l'*opt-in* que la question se pose, puisqu'il est présumé, que sur son étendue. L'idée d'un *opt-in* trop partiel est visiblement écartée par le protocole. Il faut donc s'accorder sur le fond.

B. – S'accorder sur le fond

Établir la liste des actes susceptibles de voir le Royaume-Uni réintégrer l'entraide répressive européenne est d'une grande complexité technique, ce qui ne doit pas en masquer la portée politique (a). Environ cent trente mesures forment le corps du débat, le Royaume-Uni ayant manifesté de « manière informelle » le désir d'être à nouveau lié immédiatement par trente-cinq d'entre elles (b).

a) Le contexte ambiant pèse lourdement sur cet épisode de la construction de l'ELSJ, car il s'inscrit dans la problématique plus générale de l'appartenance du Royaume-Uni à l'Union européenne. À nouveau, l'ELSJ fait office de laboratoire, permettant ici à un État membre de tester le confort d'une Europe à la carte sous le regard intéressé de ses pairs. Oublieuse des conditions dans lesquelles le protocole n° 36 avait été présenté lors de l'opération de sauvetage du traité constitutionnel avec l'ajout de ce dispositif, l'Union se prête donc ici d'abord à un jeu de politique intérieure nationale. Son impact est considérable.

(26) Art. 331, § 1er, TFUE et art. 4 du protocole n° 21 sur la position du Royaume-Uni à l'égard de l'ELSJ.

(27) Voy., p. ex., décision de la Commission du 14 octobre 2011 relative à la demande du Royaume-Uni d'accepter la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, *JO*, L 271, 2011, p. 49.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Au plan des principes, d'abord, avaliser que des textes mûrement négociés et décidés en leur temps par les autorités nationales ne puissent être appliqués au prétexte que la Commission disposerait du recours en constatation de manquement et que la Cour de justice aurait à en connaître n'est pas défendable.

Initialement présenté comme un mécanisme quasiment théorique, simplement destiné à faciliter un ralliement britannique au nouveau traité, ce procédé accrédite l'idée que la parole des États est toujours révocable, idée à laquelle l'ordre juridique de l'Union était jusqu'ici étranger. L'ensemble de la législation en question a reçu en son temps l'approbation du régime britannique du fait même du jeu de l'unanimité auquel cet État membre était attaché... Sans fard, c'est bien la force de l'engagement communautaire qui est en question ici.

Toujours dans le même registre est tout aussi choquante la distorsion qui résulte de ce pas de retrait entre les citoyens de l'Union au plan de la protection sécuritaire qui leur est due en vertu des articles 3 TUE et 67 TFUE. Enfin, le tour de prestidigitation consistant à brandir l'*opt-out* pour aussitôt réclamer un *opt-in*, si possible assorti d'une renégociation du fond, est parfaitement détestable aux yeux de l'ensemble des citoyens de l'Union, soumis, eux, au respect des engagements souscrits par leurs États respectifs.

La crédibilité de l'ELSJ est donc en jeu : fondamentalement ce dernier repose sur l'idée que, sur un même territoire, un seul droit s'applique, cette cohésion garantissant la sécurité de tous.

Au plan des modalités ensuite, les choses sont d'une complexité extrême, moins pour ce qui est de l'*opt-out* que pour ce qui est de l'éventuel « opt-back-in ». Sans doute est-ce la raison pour laquelle les négociateurs ont assorti cette faculté offerte au Royaume-Uni de trois conditions dont le respect permettra de juger le courage politique des autres États membres et de la Commission, sans grande illusion.

Les institutions de l'Union et le Royaume-Uni doivent, en effet, être animés, d'abord, de la volonté de « rétablir la plus grande participation possible du Royaume-Uni à l'acquis de l'Union relatif à l'ELSJ ». La formule est louable, mais elle n'a pas grand sens, car elle ne relève pas d'une logique quantitative, mais d'une appréciation subjective. Si, au total, cet acquis compte plus d'une centaine de mesures, il sera tout aussi loisible au Royaume-Uni de crier victoire quant à l'ampleur de son *opt-out* en retenant seulement trente-cinq mesures de cet acquis qu'à l'Union de se satisfaire que l'essentiel de l'entraide répressive y soit contenu...

Il faut y ajouter que ce retrait doit s'effectuer « sans que cela porte gravement atteinte au fonctionnement pratique de ses différentes composantes et en respectant leur cohérence ». Là encore, la subjectivité est de mise, mais on devine que, derrière le vague de la formule, elle vise à fixer une limite au « pick and choose ». S'il est évident que l'Union et ses États membres

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

ont pour premier intérêt de voir le Royaume-Uni continuer à participer à la lutte contre le terrorisme ou la grande criminalité et sont donc prêts à un certain degré de compréhension, celle-ci n'est pas infinie. Elle dépendra très largement de l'étendue de l'offre britannique et des éventuelles perturbations du climat européen directement dépendantes de l'attitude du gouvernement en place.

L'appréciation de la « cohérence » et de « l'atteinte grave au fonctionnement pratique » de l'ELSJ prend un sens particulier dans un univers où la fragmentation des textes découlant des difficultés de négociation a conduit à des constructions byzantines, souvent inextricables. D'Europol ou d'Eurojust aux différents systèmes de partages d'informations, il paraît difficile d'imaginer que le retour se fasse pour une partie du dispositif, tandis que le retrait serait possible pour le reste (28).

Enfin, et la question demeure toujours en suspens, l'article 10 du protocole dispose que des arrangements nécessaires et transitoires peuvent être arrêtés par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, sans que le Royaume-Uni participe à leur adoption. Il peut, sur la même base, « adopter une décision établissant que le Royaume-Uni supporte, le cas échéant, les conséquences financières directes découlant nécessairement et inévitablement de la cessation de sa participation à ces actes ».

b) Il importe donc que la liste des actes concernés soit établie, à la fois pour le droit de l'Union et le droit de Schengen. Ce travail d'équilibriste a été confié par le Conseil à un groupe des « amis de la présidence ». Ce dernier est composé de fonctionnaires nationaux et chargé de faire à la fois l'inventaire et le ménage au sein des textes concernés, certains d'entre eux ayant été abrogés, avant de se prononcer sur la demande partielle ou globale de réintégration du Royaume-Uni. Cette tâche a été effectuée dans des contextes très différents, le contexte national et le contexte de l'Union, les deux cadres de travail s'avérant très instructifs l'un et l'autre.

Au plan interne, le Royaume-Uni a administré, une fois encore, une leçon de démocratie parlementaire à ses pairs. Dès 2012, la procédure de contrôle et de suivi s'est enclenchée à la Chambre des communes et à la Chambre des Lords, approuvant la décision initiale d'*opt-out*, mais demeurant circonspecte à la fois sur ses motivations profondes et sur le sérieux avec lequel la démarche était conduite (29).

Pour n'en rester qu'aux motifs principaux de l'*opt-out*, à savoir l'établissement de la pleine compétence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'entraide répressive, le jugement du Comité est cruel : « [...] the

(28) Voy., en ce sens, C. Moraes, « Written evidence in House of Lords », *UK's 2014 Opt-Out Decision (« Protocol 36 ») : Follow-up Evidence*, 2013, p. 69.

(29) House of Lords, European Committee, 13th Report of Session 2012-2013, *EU Police and Criminal Justice Measures : The UK's 2014 Opt-Out Decision*, HL 159 ; 5th Report of Session 2013-2014, *Follow-up Report on EU Police and Criminal Justice Measures : The UK's 2014 Opt-Out Decision*, HL 69.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Government continue to insist that a large number of the pre-Lisbon police and criminal justice measures were not drafted with the jurisdiction of the CJEU in mind. The Government's view was not shared by many witnesses to our original inquiry and, furthermore, CJEU jurisdiction was welcomed by many as being helpful to ensure the consistent application and interpretation of police and criminal justice measures… the evidence received to our original inquiry regarding the advantages brought by CJEU jurisdiction and European Commission enforcement powers in ensuring the consistent application and interpretation of such measures, and the fact that the UK government supported them at the time of their adoption […] ».

Les parlementaires britanniques ont beau jeu alors de souligner l'incohérence des autorités britanniques qui, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, ont accepté un certain nombre de textes en matière d'entraide et, de ce fait, ont également accepté la juridiction de la Cour […] Pour le reste, il est frappant de voir à quel point les parlementaires britanniques, pourtant peu suspects d'europhilie aveugle, ont privilégié une lecture pragmatique des avantages et inconvénients des textes en question pour inciter les autorités gouvernementales à la modération.

Sur le plan européen, la même transparence n'est pas de mise et c'est sans aucun débat public que les institutions de l'Union ont entendu gérer une question pourtant majeure. Au détour des conclusions du Conseil JAI des 5 et 6 juin 2014, c'est-à-dire six mois avant l'entrée en vigueur définitive du Traité de Lisbonne, l'Union a simplement « pris note » de l'avancement des travaux sur ce point. Or il est de notoriété publique que, sur le plan technique au moins, le cadre décisionnel est d'ores et déjà arrêté et qu'il devrait l'être formellement le 1er décembre 2014.

Pour ce qui est des actes relevant du droit commun de la coopération judiciaire pénale, hors Schengen, les discussions informelles entre la Commission et le Royaume-Uni et leur état d'avancement n'ont fait l'objet d'aucune communication si ce n'est celle d'un « non-paper » (30) concluant à la probabilité d'un accord général. Ce dernier devrait se réaliser malgré certains points de friction liés au Réseau judiciaire européen, à Prüm et à la nécessité de rajouter certaines décisions concernant Europol.

Plus sensible a été le débat relatif aux mesures liées à Schengen où certains États membres n'ont pas hésité à exprimer les limites de leur patience. La République fédérale, la France, l'Autriche ou l'Espagne ont ainsi clairement posé la question de la fiabilité de la position du Royaume-Uni. Frontalement, les Pays-Bas ont même été jusqu'à suggérer d'attendre les résultats du référendum de 2015 en Grande-Bretagne.

Cette réaction est révélatrice de la dualité du débat en cours : au plan technique, l'essentiel de l'accord est trouvé, tandis qu'au plan politique, chaque protagoniste s'efforce de laisser croire à son opinion publique qu'il est resté ferme sur sa position.

(30) Doc. 10168/14.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Au total, en effet, tout laisse à penser qu'au-delà des effets de manche, la situation britannique restera largement semblable à ce qu'elle est aujourd'hui : l'addition des mesures « lisbonnisées » et, donc, obligatoires d'ores et déjà pour le Royaume-Uni et l'ampleur des trente-cinq mesures invoquées recoupent l'essentiel de l'ancien troisième pilier.

La triple exigence posée par le protocole n° 36 (participation la plus large possible, respect du fonctionnement pratique et cohérence du tout) a contraint le Royaume-Uni à modifier sa position sur des textes essentiels tels que la décision 2008/976 sur le Réseau judiciaire européen et trois décisions d'application sur Europol touchant aux relations avec les partenaires et l'échange d'informations.

Les décisions « Prüm », particulièrement importantes pour la coopération policière en matière de terrorisme, ont également fait l'objet de discussions serrées repoussant à 2015 une solution finale susceptible, en cas d'échec, de conduire le Royaume-Uni à rembourser les sommes reçues de l'Union. Les autorités britanniques ont également pris l'engagement de revoir leur position sur la décision-cadre sur la probation. Enfin, dans le cas du SIS II, les exigences britanniques ont été écartées à la fois pour des raisons techniques, mais aussi au vu des volte-face passées.

En l'état, le Royaume-Uni serait donc lié par les textes (et la juridiction de l'Union) concernant le mandat d'arrêt européen et la grande majorité des instruments de reconnaissance mutuelle, les échanges de données et le partage d'informations comme le casier judiciaire européen, les deux agences que sont Europol et Eurojust, ainsi que le CEPOL et les équipes communes d'enquête… L'*op-out* concernerait donc principalement la décision-cadre sur la lutte contre le racisme et la xénophobie, la décision-cadre sur la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions de probation, la Convention sur la déchéance du permis de conduire. D'autres textes demeurent en balance, mais la pression des autres États membres au moyen des critères contenus dans le protocole n° 36 permet d'imaginer qu'ils feront l'objet d'un accord.

Tout ce bruit pour cela ? Au-delà du fond et une fois encore, la construction d'un Espace de liberté et de sécurité commun de l'Union nous enseigne dans le même temps la puissance de l'attraction du modèle commun et le risque des conclusions définitives. La « lisbonnisation » de la JAI n'est pas une fin pour autant, bien au contraire, elle est le commencement d'une nouvelle étape où il ne dépend que de ses acteurs de concilier les termes antagonistes qui le caractérisent.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Game of zone ? La lisbonnisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice en questions
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

LES ÉVOLUTIONS DU CONTENTIEUX DE LA BASE JURIDIQUE DES ACTES

Fabien LE BOT

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Administrateur à la Commission européenne (1)

Le contentieux de la base juridique des actes de l'Union européenne comporte, en dépit de son aspect particulièrement technique, une dimension politique évidente. Chaque institution entend défendre la base juridique la plus favorable à ses intérêts. Ainsi que l'a relevé le professeur Blumann, ce contentieux « masque en réalité une véritable lutte d'influence pour la conquête du leadership politique » (2). En estimant que « le choix de la base juridique appropriée revêt une importance de nature constitutionnelle » (3) et en élaborant une jurisprudence conséquente relative à ce choix (4), la Cour de justice a montré qu'elle était consciente de cette réalité.

La base juridique peut être définie comme la disposition du traité sur laquelle est fondé l'exercice de la compétence de l'Union. « Le choix d'une base juridique va donc commander les procédures décisionnelles, la nature juridique des actes à adopter, l'éventuelle application des dispositifs de sauvegarde, voire les règles de comitologie » (5), sans compter la nature des compétences exercées ou encore le bénéfice de dérogations pour certains États membres.

Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que la Cour de justice ait eu à cœur d'édifier une jurisprudence stable et constante, intervenue il est vrai après quelques hésitations initiales (6). Dès l'affaire des *Préférences*

(1) Les opinions exprimées sont personnelles et ne reflètent pas nécessairement celles de l'institution à laquelle l'auteur appartient.

(2) Cl. Blumann, « Équilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire », in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1654.

(3) C.J.C.E., 6 décembre 2001, avis 2/00, *Protocole de Cartagena*, *Rec.*, p. I-9713, pt 5, et C.J.C.E., 30 novembre 2009, avis 1/08, *Accord général sur le commerce des services (GATS)*, *Rec.*, p. I-11129, pt 110.

(4) Voy. A. Wachsmann, « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », *Europe*, 1993, chron. 1 ; K. Bradley, « Powers and procedures in the EU Constitution : legal bases and the Court », in P. Craig et G. de Búrca (dir.), *The Evolution of EU Law*, 2e éd., Oxford, OUP, 2011, p. 85.

(5) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2013, p. 418.

(6) Voy. C.J.C.E., 12 juillet 1973, *Massey-Ferguson*, aff. C-8/73, *Rec.*, p. 897 et C.J.C.E., 24 octobre 1973, *Balkan-Import-Export*, aff. C-5/73, *Rec.*, p. 1091. Sur ces hésitations initiales, voy. K. Bradley, « The European Court of Justice and the legal basis of community legislation », *E.L. Rev.*, 1988, p. 379.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

tarifaires généralisées, la Cour estime 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 » (7). Parmi ces éléments figurent, notamment, la finalité et le contenu de cet acte (8). Si l'acte est susceptible de relever de plusieurs dispositions du traité, la théorie du centre de gravité permet d'identifier la composante ou la finalité principale de l'acte et d'écarter la base juridique correspondant à la composante ou à la finalité accessoire. La mesure devra alors être fondée sur la seule base juridique correspondant à son centre de gravité (9). Ce n'est qu'« à titre exceptionnel, s'il est établi que l'acte poursuit à la fois plusieurs objectifs ou présente plusieurs composantes, qui sont liés de façon indissociable, sans que l'un soit second et indirect par rapport à l'autre [qu']un tel acte devra être fondé sur les différentes bases juridiques correspondantes » (10). Toutefois, le recours à une double base juridique est exclu en cas d'incompatibilité des procédures de décision (11). Outre la théorie du centre de gravité, la Cour de justice a fait un usage relativement constant du critère de la *lex specialis*, qui permet de privilégier une disposition spécifique du traité, consacrée à une politique déterminée, par rapport à une disposition générale, qu'il s'agisse de la clause de flexibilité (12) ou, plus récemment, de la clause générale concernant la collecte d'informations par la Commission (13).

Les principes qui gouvernent le contentieux de la base juridique sont donc fermement établis (14). Ce contentieux a pourtant connu, depuis ses origines, certaines évolutions. Logiquement, il évolue à mesure qu'évoluent les bases juridiques elles-mêmes. De nouveaux terrains apparaissent, qui font suite à la création de politiques nouvelles. Ainsi, la Cour de justice a-t-elle été récemment amenée à protéger le champ d'application de la politique de l'énergie créée par le Traité de Lisbonne (15). L'évolution peut aussi résulter de modifications apportées à des bases juridiques préexistantes, qui consistent souvent en un changement de la procédure décisionnelle applicable dans une matière déterminée. Depuis le Traité de Maastricht,

(7) C.J.C.E., 26 mars 1987, *Commission c. Conseil*, aff. C-45/86, *Rec.*, p. 1493, pt 11.

(8) Cette jurisprudence est constante depuis l'arrêt *Dioxyde de titane* : C.J.C.E., 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, aff. C-300/89, *Rec.*, p. I-2867, pt 11.

(9) C.J.C.E., 17 mars 1993, *Commission c. Conseil (directive déchets)*, aff. C-155/91, *Rec.*, p. I-939. Voy. aussi C.J.C.E., 23 février 1999, *Parlement c. Conseil (promotion de la diversité linguistique dans la société de l'information)*, aff. C-42/97, *Rec.*, p. I-869.

(10) Voy., p. ex., C.J.C.E., 19 septembre 2002, *Huber*, aff. C-336/00, *Rec.*, p. I-7699, pt 31.

(11) C.J.C.E., 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, aff. C-300/89, préc.

(12) Ancien art. 235 CEE puis 308 CE et, aujourd'hui, art. 352 TFUE. Voy., p. ex., C.J.C.E., 26 mars 1987, *Commission c. Conseil*, préc. ; C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Commission c. Conseil*, aff. C-165/87, *Rec.*, p. 5545 ; C.J.C.E., 2 février 1989, *Commission c. Conseil*, aff. C-275/87, *Rec.*, p. 259 ; C.J.C.E., 30 mai 1989, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-56/88, *Rec.*, p. 1615.

(13) Art. 337 TFUE. Voy. C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-490/10, non encore publ. au *Recueil* ; *Europe*, 2012, comm. 458, note V. Michel.

(14) C. Kohler et J.-C. Engel, « Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe*, 2007, étude n° 1.

(15) C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-490/10, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

le système législatif de l'Union a, en effet, connu une « extraordinaire mutation » (16), dont la jurisprudence de la Cour relative au choix de la base juridique constitue le reflet.

De ce point de vue, si chaque traité apporte son lot de nouveautés, le Traité de Lisbonne se distingue nettement de ses devanciers, en consacrant l'existence d'une procédure législative ordinaire (17). Cette simplification bienvenue n'est cependant pas complète, dans la mesure où sont maintenues des procédures de décision spécifiques, au premier rang desquelles figurent les procédures législatives spéciales (18). En l'absence d'uniformité du processus décisionnel, le tarissement du contentieux de la base juridique est une perspective improbable (19).

C'est plutôt un déplacement matériel du contentieux qui a pu être observé. L'évolution des bases juridiques entraîne, presque mécaniquement, une évolution des matières examinées par la Cour. À l'origine, la jurisprudence relative à la base juridique était cantonnée aux politiques communautaires les plus anciennes, comme la Politique agricole commune (PAC) ou la politique commerciale commune. Elle s'est élargie, d'abord avec l'apparition de politiques communautaires nouvelles, puis avec la mise en œuvre des dispositions issues des piliers intergouvernementaux créés par le Traité de Maastricht. Si les piliers ont aujourd'hui disparu, il reste que les spécificités décisionnelles de la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) demeurent. Il est de ce fait logique que les premières années d'application du Traité de Lisbonne témoignent d'une montée en puissance des contentieux impliquant la PESC, confrontée notamment au volet externe de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) (20). Plus largement, les dispositions relatives à l'action extérieure de l'Union européenne alimentent aujourd'hui largement le contentieux de la base juridique (21). Comme l'atteste la rédaction de l'article 218 TFUE, la procédure de négociation et de conclusion des accords internationaux n'est pas uniformisée. Ce domaine comporte tous les ingrédients nécessaires à la perpétuation de rivalités : rivalités horizontales de nature institutionnelle entre Conseil, Parlement et Commission dont les pouvoirs respectifs dépendent de l'identification précise du domaine de l'accord international ; rivalités verticales entre les institutions de l'Union et les États membres, quant à la nature de la compétence exercée.

(16) Cl. Blumann, « Le système normatif de l'Union européenne vingt ans après le traité de Maastricht », *R.A.E.*, 2012, p. 237.

(17) Art. 289, § 1er, et 294 TFUE.

(18) Art. 289, § 2, TFUE.

(19) 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.

(20) Voy. not. C.J.U.E., 24 juin 2014, *Parlement c. Conseil*, aff. C-658/11, non encore publié au *recueil*, à propos de l'Accord entre l'Union européenne et la République de Maurice relatif aux conditions de transfert des personnes suspectées d'actes de piraterie.

(21) I. Bosse-Platière et C. Flaesch-Mougin, « Bases juridiques post-Lisbonne : plusieurs recours contentieux enrichissent la réflexion », *Rev. trim. dr. eur.*, 2012, p. 704.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Au-delà de ces mutations, qui répondent à des évolutions dans les dispositions des traités, le contentieux de la base juridique a connu des transformations autonomes, détachées des révisions du droit primaire. En effet, en dépit des critères établis de longue date par la Cour, le choix de la base juridique des actes ne se résume pas à une application mécanique des dispositions des traités. En identifiant la base juridique idoine, la Cour ne se contente pas de valider ou de censurer le choix opéré par les institutions ; elle élabore une véritable ligne jurisprudentielle susceptible d'influencer l'équilibre institutionnel (22) comme la répartition des compétences entre l'Union et les États membres.

Traditionnellement, ce contentieux a été marqué par des orientations de la Cour de justice tendant à favoriser les bases juridiques disposant des procédures les plus intégrées. Il semblerait que cette époque soit révolue et que la Cour veille désormais à la neutralité de ses décisions. Un mouvement d'objectivation du contentieux peut ainsi être mis en évidence (I).

Parallèlement, les arrêts les plus récents, en particulier ceux rendus après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, démontrent que la Cour de justice continue de préciser sa jurisprudence relative au choix de la base juridique des actes. Les principes directeurs n'ayant pas connu d'évolutions notables, il ne s'agit pas d'un bouleversement, mais plutôt d'un raffinement de la jurisprudence (II).

I. – L'OBJECTIVATION DU CONTENTIEUX

Sur le plan des principes, la Cour a, depuis l'origine du contentieux, toujours affirmé que « le choix de la base juridique d'un acte doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel » (23). Pourtant, l'analyse de la jurisprudence permet de déceler une orientation classique favorable aux politiques les plus intégrées (A). Cette approche a cependant progressivement été remise en cause et laisse la place à une réelle objectivité dans la jurisprudence moderne (B).

A. – L'orientation intégrationniste classique

La tendance intégrationniste de la jurisprudence en matière de base juridique s'est déployée dans deux directions. D'abord, la Cour a protégé les bases juridiques correspondant aux politiques communautaires les plus anciennes. Puis, à la suite de la création de nouveaux piliers de nature intergouvernementale, la Cour a opté systématiquement pour la base juridique communautaire.

(22) Sur cette notion, voy. F. Le Bot, *Le principe de l'équilibre institutionnel en droit de l'Union européenne*, thèse, Université Paris II, 2012.

(23) Voy. not. C.J.C.E., 26 mars 1987, *Commission c. Conseil*, aff. C-45/86, préc. ; C.J.C.E., 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, aff. C-300/89, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans les premières années du développement du contentieux de la base juridique des actes, la Cour a eu tendance à protéger les politiques communautaires traditionnelles, en particulier la Politique agricole commune (24) et la politique commerciale commune (25), en interprétant leur champ d'application de façon large. Lorsque la base juridique agricole a été confrontée à des bases juridiques nouvelles, comme l'environnement ou la santé publique, la jurisprudence initiale a nettement privilégié la politique ancienne, au motif que les exigences de respect de l'environnement ou de protection de la santé publique sont « une composante des autres politiques de la Communauté » (26), ainsi que le prévoient les clauses horizontales du traité (27). Par ailleurs, la Cour n'a pas hésité à affirmer « la priorité des dispositions spécifiques du domaine agricole par rapport aux dispositions générales relatives à l'établissement du marché commun » (28). Autrement dit, elle a utilisé le critère de la *lex specialis* pour faire primer la PAC sur la disposition relative au rapprochement des législations. Si le raisonnement peut convaincre, il semble que l'objectif de la Cour soit de privilégier la majorité qualifiée, applicable en matière agricole. En effet, par la suite, lorsque l'harmonisation des législations est devenue possible à la majorité qualifiée (29), la Cour a interprété cette disposition de façon plus large (30). La priorité accordée initialement aux politiques traditionnelles semble ainsi résulter non seulement des critères objectifs mis en avant par la Cour, mais aussi de considérations institutionnelles, la jurisprudence tendant à favoriser les politiques prévoyant la majorité qualifiée au Conseil au détriment de celles exigeant l'unanimité.

De telles considérations institutionnelles ont aussi été perceptibles dans le contentieux interpiliers, c'est-à-dire celui dans lequel sont en conflit deux bases juridiques issues, pour l'une, du pilier communautaire, pour l'autre, d'un pilier intergouvernemental. Lorsqu'elle a été saisie de tels conflits, la Cour a systématiquement favorisé la base juridique communautaire, protégeant de ce fait la méthode communautaire et les procédures de décision les plus intégrées, faisant une plus large place à la Commission et au Parlement européen. Il est vrai que la Cour de justice a pu s'appuyer sur l'article 47 du traité sur l'Union européenne alors en vigueur qui prévoyait qu'« aucune disposition du présent traité n'affecte les traités instituant les Communautés

(24) C.J.C.E., 23 février 1988, *Royaume-Uni c. Conseil (poules pondeuses)*, aff. C-131/86, *Rec.*, p. 905 ; C.J.C.E., 23 février 1988, *Royaume-Uni c. Conseil (hormones)*, aff. C-68/86, *Rec.*, p. 855.

(25) C.J.C.E., 26 mars 1987, *Commission c. Conseil*, aff. C-45/86, *Rec.*, p. 1493 et C.J.C.E., 29 mars 1990, *Grèce c. Conseil*, aff. C-62/88, *Rec.*, p. I-1527.

(26) S'agissant du conflit entre PAC et environnement, voy. C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Mondiet*, aff. C-405/92, *Rec.*, p. I-6133 ; s'agissant du conflit entre PAC et santé publique, voy. C.J.C.E., 4 avril 2000, *Commission c. Conseil*, aff. C-269/97, *Rec.*, p. I-2257.

(27) Ces clauses figurent aujourd'hui à l'art. 11 TFUE (environnement) et à l'art. 168 TFUE (santé publique).

(28) C.J.C.E., 23 février 1988, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-68/86, préc., pt 15.

(29) Art. 95 CE devenu art. 114 TFUE.

(30) Voy., p. ex., C.J.C.E., 12 décembre 2006, *Allemagne c. Parlement et Conseil (publicité en faveur du tabac II)*, aff. C-380/03, *Rec.*, p. I-11573.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

européennes ni les traités et actes subséquents qui les ont modifiés ou complétés ». L'article 47 UE a été utilisé dans le sens d'une « automaticité de la prépondérance du premier pilier » (31). Ainsi, dans l'affaire des *Sanctions pénales en matière d'environnement* (32) et dans celle des *Sanctions pénales en matière de pollution causée par les navires* (33), la Cour a considéré que n'auraient pas dû être adoptées des décisions-cadres fondées sur le troisième pilier, mais des actes basés sur le premier pilier. La Cour semble donner la priorité à l'objectif nécessairement environnemental plutôt qu'au contenu essentiellement pénal des mesures étudiées, favorisant ainsi la base juridique communautaire.

Le caractère intégrationniste de la jurisprudence a également été particulièrement marqué dans l'affaire des *Armes légères et de petit calibre* (34), dans laquelle la Cour a dû arbitrer entre une base juridique communautaire, constituée par la politique de coopération au développement, et le second pilier. Était en cause en l'espèce une décision du Conseil mettant en œuvre une action commune prise dans le cadre de la PESC en vue d'une contribution de l'Union européenne à la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) dans le cadre du moratoire sur les armes légères et de petit calibre. Appliquant les principes du contentieux de la base juridique, la Cour ne parvient pas à identifier le centre de gravité de l'acte et estime qu'aucune des deux composantes de l'acte ne peut être considérée comme accessoire par rapport à l'autre (35). Même si ce raisonnement peut être contesté, en ce que la dimension PESC semblait clairement être la dimension principale (36), il aurait dû conduire à l'exigence d'une double base juridique. Pourtant, la Cour s'appuie sur l'article 47 UE pour estimer que « l'Union ne saurait recourir à une base juridique relevant de la PESC pour adopter des dispositions qui relèvent également d'une compétence attribuée par le traité CE à la Communauté » (37). Ainsi, seule la base juridique communautaire est retenue. Cet arrêt s'inscrit doublement dans une orientation intégrationniste : d'une part, en ce que le champ d'application de la politique communautaire est conçu de façon extensive (38), d'autre part, en ce que « l'article 47 intervient pour résoudre automatiquement le

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

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

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

(34) C.J.C.E., 20 mai 2008, *Commission c. Conseil*, aff. C-91/05, *Rec.*, p. I-3651 ; *Rev. trim. dr. eur.*, 2009, p. 573, note I. Bosse-Platière.

(35) Pt 108 de l'arrêt.

(36) Pour juger que la coopération au développement n'est pas purement accessoire, la Cour estime que la lutte contre la prolifération des armes légères et de petit calibre peut « contribuer à éliminer ou à réduire des entraves au développement économique et social » des pays en voie de développement (pt 68 de l'arrêt).

(37) Pt 77 de l'arrêt.

(38) Ce qui a d'ailleurs été confirmé depuis s'agissant de la politique de coopération au développement, C.J.U.E., 11 juin 2014, *Commission c. Conseil*, aff. C-377/125, non encore publié au *Recueil*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

conflit en faveur de la compétence de la Communauté » (39).

Cette subjectivité jurisprudentielle pose problème au regard des critères objectifs mis en avant par la Cour elle-même. Sous l'influence notamment du Traité de Lisbonne, il semble désormais que la Cour adopte une approche réellement objective, marquée du sceau de la neutralité.

B. – L'approche objective moderne

La nouvelle approche de la Cour de justice dans le contentieux de la base juridique a été mise en œuvre en deux temps. Elle s'est d'abord manifestée dans les conflits opposant plusieurs politiques communautaires, avant de s'étendre à l'ensemble du droit de l'Union européenne.

Le développement de nouvelles politiques avait initialement conduit la Cour de justice à privilégier les politiques traditionnelles. Cette orientation s'est progressivement estompée, la Cour adoptant une approche réellement objective pour identifier la base juridique pertinente. Ainsi, dans une affaire concernant des règlements relatifs à la protection des forêts contre la pollution atmosphérique et contre les incendies, la Cour a estimé que « les buts des actions communes de protection des forêts sont pour partie agricoles [...] et pour partie d'ordre proprement environnemental » (40). Elle se livre ensuite à une analyse objective afin d'en déterminer le centre de gravité, en précisant que, « s'agissant [...] de la politique agricole commune et de la politique communautaire de l'environnement, la jurisprudence ne fournit aucun élément de droit permettant en principe de faire prévaloir l'une sur l'autre » (41). Une évolution similaire du contentieux peut être constatée s'agissant de la prise en compte de la santé publique, confrontée à la PAC, comme l'atteste un arrêt portant sur une directive fixant les règles relatives aux aliments composés pour les animaux visant à améliorer leur traçabilité à la suite des crises de la vache folle et de la dioxine, dans lequel la Cour a privilégié, au terme d'une analyse objective de l'acte, la base juridique relative à la santé publique (42). L'évolution des procédures de décision en matière d'environnement et de santé publique, caractérisée par la consécration de la codécision, a permis de lever les réticences de la Cour à l'égard de ces politiques. Dans ces cas de figure, l'objectivation du contentieux n'était donc pas incompatible avec la préservation d'une orientation intégrationniste (43).

---

(39) E. Neframi, « Le contentieux de la base juridique sous l'angle de l'article 47 du traité sur l'Union européenne », *op. cit.*, p. 903.

(40) C.J.C.E., 25 février 1999, *Parlement c. Conseil*, aff. jtes C-164/97 et C-165/97, *Rec.*, p. I-1139, pt 13.

(41) Pt 15 de l'arrêt.

(42) C.J.C.E., 6 décembre 2005, *ABNA Ltd. e.a.*, aff. jtes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, *Rec.*, p. I-10423.

(43) Pour un exemple récent de contentieux « objectif » de la base juridique s'agissant de deux dispositions issues de l'ancien pilier communautaire, en l'occurrence, la politique commerciale commune et le rapprochement des législations dans le cadre du marché intérieur, voy. C.J.U.E., 22 octobre 2013, *Commission c. Conseil*, aff. C-137/12, non encore publ. au *Recueil* ; *Europe*, 2013, comm. 507, note A. Bouveresse.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Il en va de même, à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, s'agissant de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice. Celui-ci est désormais soumis en grande partie à la procédure législative ordinaire (44), ce qui réduit d'autant les risques de conflit de bases juridiques entre des politiques relevant de l'ELSJ et des politiques issues de l'ancien pilier communautaire. De tels conflits peuvent néanmoins survenir, comme l'illustre l'arrêt du 6 mai 2014 (45), rendu à propos d'une directive facilitant l'échange transfrontalier d'informations concernant les infractions en matière de sécurité routière. Au terme de l'analyse de la finalité et de contenu de la directive, la Cour estime qu'elle relève de la politique commune des transports, et non de la coopération policière.

Cette objectivation du contentieux semble avoir été généralisée à l'ensemble du droit de l'Union européenne. Ceci résulte en particulier de l'arrêt de la Cour de justice du 19 juillet 2012 (46) rendu dans le cadre d'un recours en annulation contre le règlement n° 1286/2009 instituant des mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama Ben Laden, au réseau al-Qaida et aux talibans. Le Parlement européen estimait que le règlement attaqué aurait dû être fondé sur l'article 75 TFUE, qui vise spécifiquement des mesures de prévention et de lutte contre le terrorisme dans le cadre de l'ELSJ, et non sur l'article 215 TFUE, qui concerne les mesures restrictives prises pour la mise en œuvre de décisions de l'Union dans le cadre de la PESC. Le premier article prévoit la procédure législative ordinaire, alors que le second attribue le pouvoir de décision au seul Conseil, statuant à la majorité qualifiée. La Cour considère que « l'objectif visant à lutte contre le terrorisme international et son financement afin de préserver la paix et la sécurité au niveau international correspond [...] aux objectifs des dispositions des traités relatives à l'action extérieure de l'Union » (47). Or la PESC s'inscrit dans le cadre de l'action extérieure de l'Union, contrairement à l'ESLJ, qui relève des « politiques et actions internes de l'Union » (48). Par conséquent, dès lors que l'Union agit pour lutter contre le terrorisme international, elle doit le faire dans le cadre de la PESC et les mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales, de groupes ou d'entités non étatiques doivent être fondées sur l'article 215, paragraphe 2, TFUE (49). Après avoir examiné le champ d'application des dispositions en conflit, la Cour examine le règlement attaqué et considère qu'« au regard de ses objectifs et de son contenu, [...] il se rattache

(44) H. Labayle, « L'Espace de liberté, sécurité et justice : la nouvelle frontière ? », in D. Simon (dir.), « Le traité de Lisbonne : oui, non, mais à quoi ? », *Europe*, dossier, juillet 2008, n° 10.

(45) C.J.U.E., 6 mai 2014, *Commission c. Parlement et Conseil*, aff. C-43/12, non encore publ. au *Recueil*.

(46) C.J.U.E., 19 juillet 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-130/10, non encore publ. au *Recueil* ; *Europe*, 2012, comm. 362, note D. Simon ; *Rev. trim. dr. eur.*, 2013, p. 118, note I. Bosse-Platière.

(47) Pt 61 de l'arrêt.

(48) Pt 54 de l'arrêt.

(49) Pt 65 de l'arrêt.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à une décision prise par l'Union dans le cadre de la PESC » (50), car les mesures en cause, « s'adressant à des destinataires impliqués dans des actes de terrorisme qui, eu égard à leurs activités au niveau mondial et à la dimension internationale de la menace qu'ils représentent, affectent essentiellement l'action extérieure de l'Union » (51). Même si l'arrêt pose la question de l'étendue de la dimension externe de l'ESLJ (52), le raisonnement suivi par la Cour doit être approuvé, car celle-ci prend soin d'identifier le centre de gravité de l'acte.

Cette analyse objective de la base juridique pertinente a notamment été permise par le Traité de Lisbonne. Celui-ci a, en effet, supprimé la disposition protectrice des compétences communautaires qu'était l'ancien article 47 UE. Il a été remplacé par l'article 40 TUE, qui constitue une clause réciproque de non-affectation des compétences, dans la mesure où les compétences de l'Union en matière de PESC ne peuvent pas être affectées par la mise en œuvre des autres politiques de l'Union. L'article 40 TUE permet ainsi à la Cour de trancher de façon neutre les conflits de bases juridiques impliquant la PESC, sans qu'il soit pour autant nécessaire de l'utiliser dans le raisonnement. Celle-ci semble, en outre, avoir abandonné son orientation intégrationniste classique. Le contentieux de la base juridique paraît ainsi totalement objectivé, la Cour veillant à identifier précisément le centre de gravité de l'acte. Ce mouvement de fond du contentieux ayant aujourd'hui trouvé son aboutissement, les autres évolutions perceptibles relèvent davantage d'un raffinement de la jurisprudence.

II. – Le raffinement de la jurisprudence

Sans venir bouleverser les principes établis du contentieux de la base juridique des actes, la jurisprudence la plus récente, en particulier celle intervenue après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, apporte des précisions intéressantes. D'une part, la Cour de justice a entendu consolider les critères du choix de la base juridique (A). D'autre part, le recours à une double base juridique semble se raréfier (B).

A. – La consolidation des critères du choix de la base juridique

Depuis l'origine du contentieux, la Cour a insisté sur le fait que « le choix de la base juridique d'un acte ne peut être laissé au bon vouloir des institutions » (53). Pourtant, dans de nombreux cas de figure, des actes ont été contestés devant la Cour par les institutions dans le but d'accroître

(50) Pt 72 de l'arrêt.
(51) Pt 78 de l'arrêt.
(52) Voy. C. Flaesch-Mougin et L. S. Rossi (dir.), *La dimension extérieure de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 696 p.
(53) Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 418.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

leurs prérogatives. Cette stratégie juridictionnelle a en particulier été celle du Parlement européen, qui ne disposait pas du pouvoir de décision dans l'ensemble des politiques de l'Union. Comme l'a noté Jean-Paul Jacqué, pour le Parlement, « la bonne base juridique est celle qui lui confère le plus de pouvoirs » (54). La stratégie contentieuse du Parlement a d'ailleurs connu un certain succès, en particulier en cas d'incompatibilité entre deux bases juridiques considérées comme indissociables (55). Dans ces cas de figure, l'avocat général Kokott a ainsi estimé qu'il conviendrait de choisir la base juridique « dont la mise en œuvre offre au Parlement les droits de participation les plus étendus » (56). Cela signifie que tout critère institutionnel ne serait pas exclu afin de déterminer la base juridique adéquate.

Dans son important arrêt du 19 juillet 2012 (57), la Cour prend le soin d'étudier l'incidence du choix de la base juridique sur les prérogatives du Parlement et effectue un rappel à l'ordre : « ce ne sont pas les procédures qui définissent la base juridique d'un acte, mais la base juridique d'un acte qui détermine les procédures à suivre pour adopter ce dernier » (58). La Cour écarte fermement tout critère institutionnel, par définition subjectif, et prend acte du « 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 » (59). Ainsi, toute référence au principe démocratique est-elle vaine afin de déterminer la base juridique d'un acte, comme l'est d'ailleurs la mise en avant du rôle du Parlement pour l'adoption d'une mesure affectant les droits fondamentaux. À juste titre, la Cour rappelle que « l'obligation de respecter les droits fondamentaux s'adresse [...] à toutes les institutions, à tous les organes et organismes de l'Union » (60), y compris en matière de PESC.

Excluant l'application d'un critère institutionnel, la Cour de justice s'appuie logiquement, dans sa jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, sur les critères traditionnels du choix de la base juridique. Certaines tendances récentes méritent cependant d'être signalées.

En premier lieu, il semble que la Cour de justice prête une attention grandissante à l'étude du champ d'application des dispositions contestées. Ainsi, s'agissant des pouvoirs conférés à l'Autorité européenne des marchés financiers de prendre des décisions adressées à des personnes physiques et morales, la Cour examine essentiellement la portée de l'article 114 TFUE relatif

(54) J.-P. Jacqué, « Chronique de droit institutionnel de l'Union européenne », *Rev. trim. dr. eur.*, 2013, p. 609.
(55) Comme ce fut le cas dans l'aff. *Dioxyde de titane* : C.J.C.E., 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, aff. C-300/89, préc.
(56) Concl. Av. gén. Kokott sur C.J.C.E., 6 novembre 2008, *Parlement c. Conseil (garantie communautaire accordée à la Banque européenne d'investissement)*, aff. C-155/07, *Rec.*, p. I-8103, pt 90.
(57) C.J.U.E., 19 juillet 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-130/10, préc.
(58) Pt 80 de l'arrêt.
(59) Pt 82 de l'arrêt.
(60) Pt 83 de l'arrêt.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

au rapprochement des législations (61). Il est vrai qu'aucune disposition alternative n'était susceptible de constituer la base juridique de la mesure attaquée. L'étude poussée du champ d'application de certaines dispositions du traité se retrouve également lorsque plusieurs bases juridiques sont en conflit. Ainsi, par exemple, le champ d'application de l'article 215 TFUE, relatif aux mesures restrictives prises pour la mise en œuvre d'actions en matière de PESC, a été précisé (62), de même que celui de l'article 48 TFUE relatif à la coordination des systèmes de sécurité sociale dans le cadre de la libre circulation des travailleurs (63). Le raisonnement de la Cour se fonde alors essentiellement sur un seul article du traité (64), ce qui la conduit en général à valider le choix au législateur (65).

En second lieu, la Cour de justice semble privilégier l'étude de la finalité de la mesure à celle de son contenu. Cela était perceptible avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, lorsque la Cour a retenu que l'objectif de protection de l'environnement de certaines mesures d'harmonisation des législations pénales bénéficiait d'une primauté sur leur contenu afin d'identifier le centre de gravité de l'acte (66). Plus récemment, s'agissant d'une directive de 2011 créant un système d'échanges d'informations concernant les infractions en matière de sécurité routière, la Cour a considéré qu'elle relevait de la politique des transports, et non de la coopération policière, car son objectif principal était l'amélioration de la sécurité routière (67). Selon la Cour, « l'examen du contenu des dispositions de la directive [...] confirme que le système d'échanges d'informations [...] constitue l'instrument au moyen duquel celle-ci poursuit l'objectif d'amélioration de la sécurité routière [...] et permet à l'Union de réaliser cet objectif » (68). De la même façon, amenée à identifier la base juridique d'une décision autorisant la ratification de la Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel, la Cour a estimé que « le rapprochement des législations des parties contractantes [...] apparaît [...] davantage comme un moyen pour réaliser les objectifs de la convention que comme un but en soi assigné à celle-ci » (69). La prééminence de la finalité de l'acte sur son contenu confère une importance considérable au préambule de la législation

(61) C.J.U.E., 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-270/12, non encore publ. au *Recueil* ; *Europe*, mars 2014, comm. 113, note D. Simon.

(62) C.J.U.E., 19 juillet 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-130/10, préc.

(63) C.J.U.E., 26 septembre 2013, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-431/11, non encore publ. au *Recueil* ; C.J.U.E., 27 février 2014, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-656/11, non encore publ. au *Recueil*.

(64) Dans l'aff. C-431/11, l'art. 79, § 2, TFUE, relatif à la politique commune de l'immigration, est étudié par la Cour uniquement après la validation de l'usage de l'art. 48 TFUE, « dans un souci d'exhaustivité » (pt 62 de l'arrêt).

(65) Ce n'est pas toujours le cas : voy. C.J.U.E., 22 octobre 2013, *Commission c. Conseil*, aff. C-137/12, préc., dans lequel l'art. 207 TFUE relatif à la politique commerciale commune est retenu au détriment de l'art. 114 TFUE, qui constituait pourtant la base juridique initiale.

(66) C.J.C.E., 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, aff. C-176/03, préc.

(67) C.J.U.E., 6 mai 2014, *Commission c. Parlement et Conseil*, aff. C-43/12, préc.

(68) Pt 42 de l'arrêt.

(69) C.J.U.E., 22 octobre 2013, *Commission c. Conseil*, aff. C-137/12, préc., pt 67.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

et à la façon dont celui-ci est rédigé par les institutions. Celles-ci peuvent donc orienter l'analyse de la Cour, qui remet rarement en cause les objectifs affichés par le législateur (70).

En troisième lieu, il importe de relever que la Cour de justice ne se contente plus d'étudier la finalité et le contenu de l'acte. De plus en plus fréquemment, elle s'intéresse également au contexte juridique dans lequel la mesure a été adoptée (71). Ceci est particulièrement vrai lorsque l'acte attaqué tend à préparer, à approuver ou à mettre en œuvre une convention internationale. Ainsi, dans un arrêt relatif au *Transfert des déchets*, la Cour a retenu la base juridique environnementale, après avoir notamment procédé à « une analyse du contexte législatif dans lequel s'inscrit le règlement attaqué » (72). Plusieurs arrêts récents confirment cette tendance, la Cour affirmant que « le contexte dans lequel l'acte en question s'insère peut être pertinent pour le choix de sa base juridique » (73). Le contexte de l'acte ne se substitue pas aux critères traditionnels ; il permet plutôt de consolider la jurisprudence de la Cour, qui vise à dégager des éléments objectifs permettant d'identifier la base juridique appropriée.

Parallèlement au renforcement et à l'affinement des critères de choix de la base juridique, il semble que la possibilité d'une double base juridique tende à se raréfier.

B. – La raréfaction de la double base juridique

L'amenuisement des cas dans lesquels la Cour retient une double base juridique peut être considéré comme une conséquence tant de l'objectivation du contentieux que de la consolidation des critères jurisprudentiels. À travers la mise en œuvre de ces critères, la Cour s'efforce, en effet, d'identifier de façon objective le centre de gravité de l'acte. Il est vrai que la possibilité de recourir à plusieurs bases juridiques pour l'adoption d'un même acte avait été conçue initialement comme une exception, en cas d'indissociabilité des objectifs ou des composantes de l'acte (74). Cette notion d'indissociabilité résulte d'une impossibilité reconnue par la Cour de déterminer le centre de gravité de l'acte, d'identifier son élément principal et son aspect accessoire. La double base juridique ne devrait en principe intervenir qu'à la suite d'une analyse approfondie de l'acte (75). Pourtant, les cas de double base

(70) Voy. M. Cremona, « A reticent Court ? Policy objectives and the Court of Justice », in M. Cremona et A. Thies (dir.), *The European Court of Justice and External Relations Law – Constitutional Challenges*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 15.

(71) Même si une pratique antérieure ne peut « créer un précédent liant les institutions quant à la base juridique correcte » (C.J.C.E., 23 février 1988, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-68/86, préc., pt 24).

(72) C.J.C.E., 8 septembre 2009, *Commission c. Parlement et Conseil*, aff. C-411/06, *Rec.*, p. I-7585, pt 64.

(73) C.J.U.E., 26 septembre 2013, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-431/11, préc., pt 48 ; C.J.U.E., 27 février 2014, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-656/11, préc., pt 50.

(74) Voy. *supra*, note 9.

(75) Voy., p. ex., C.J.C.E., 23 février 1999, *Parlement c. Conseil*, aff. C-42/97, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

juridique se sont multipliés (76), la Cour semblant parfois s'exonérer de la recherche de l'aspect principal de l'acte (77).

Dans la jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, il semble que la Cour fasse preuve de davantage de rigueur quant à l'identification du centre de gravité de l'acte. Ceci ressort notamment de l'arrêt du 22 octobre 2013 dans lequel la Cour a reconnu que « l'objectif principal de la convention consiste non pas à améliorer le fonctionnement du marché intérieur, mais à étendre la protection juridique des services concernés au-delà du territoire de l'Union et à promouvoir ainsi les échanges commerciaux internationaux portant sur ces services » (78). Elle prend ici le soin de distinguer clairement le principal de l'accessoire.

Cette évolution permettant de retenir une seule base juridique est parfois favorisée par le traité lui-même. Ainsi, s'agissant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques et morales, la Cour de justice avait validé, dans l'arrêt *Kadi* (79), au terme d'un raisonnement complexe, le recours combiné aux articles 60, 301 et 308 CE. L'article 215, paragraphe 2, TFUE, a précisément eu pour objectif d'établir une base juridique unique pour ce type de mesures. Il n'est donc pas surprenant que la Cour ait retenu cet article comme seule base juridique pertinente dans son arrêt du 19 juillet 2012 (80). Le Traité de Lisbonne a ainsi permis aux institutions, puis à la Cour, d'éviter le recours à plusieurs bases juridiques en la matière.

La raréfaction de la double base juridique résulte également de la résurgence de la notion d'incompatibilité des procédures de décision. Depuis son arrêt *Dioxyde de titane* de 1991, la Cour de justice a, en effet, considéré que, même quand les différents aspects d'un acte sont reconnus comme étant indissociables, « le recours à une double base juridique est exclu lorsque les procédures prévues pour l'une et l'autre de ces bases sont incompatibles » (81). Dans cette affaire, elle avait estimé que « le cumul de base juridique serait de nature à vider la procédure de coopération de sa substance même » (82), en prêtant particulièrement attention à la sauvegarde des prérogatives du Parlement européen. Ultérieurement, la Cour

(76) C.J.C.E., 10 janvier 2006, *Commission c. Parlement et Conseil (règlement concernant les exportations et importations de produits chimiques dangereux)*, aff. C-178/03, *Rec.*, p. I-107 ; C.J.C.E., 10 janvier 2006, *Commission c. Parlement et Conseil (Convention de Rotterdam)*, aff. C-94/03, *Rec.*, p. I-1 ; C.J.C.E., 6 novembre 2008, *Parlement c. Conseil*, aff. C-155/07, préc.

(77) C.J.C.E., 3 septembre 2009, *Parlement c. Conseil (Fonds international pour l'Irlande)*, aff. C-166/07, *Rec.*, p. I-8103.

(78) C.J.U.E., 22 octobre 2013, *Commission c. Conseil*, aff. C-137/12, préc., pt 67. La Cour précise que l'objectif d'amélioration du fonctionnement du marché intérieur revêt « un caractère accessoire par rapport à l'objectif principal de la décision attaquée » (pt 71).

(79) C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351.

(80) C.J.U.E., 19 juillet 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-130/10, préc.

(81) Voy., p. ex., C.J.C.E., 10 janvier 2006, *Commission c. Parlement et Conseil*, aff. C-178/03, préc., pt 57.

(82) C.J.C.E., 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, aff. C-300/89, préc., pt 18.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

s'est attachée exclusivement à vérifier si la combinaison de plusieurs bases juridiques ne porte pas atteinte à ces prérogatives (83). Dès lors qu'en application de la règle de la procédure la plus lourde les droits du Parlement sont préservés, la Cour ne constate aucune incompatibilité. Cette jurisprudence était critiquable à un double titre. D'une part, elle conduisait à accorder une « préférence [...] à des procédures décisionnelles maximisant la participation du Parlement » (84), ce qui revenait à introduire un critère subjectif dans le choix de la base juridique. D'autre part, elle ne tenait pas compte de réels cas de dénaturation de procédures de décision. Ainsi, dans l'affaire du *Fonds international pour l'Irlande* (85), la Cour ne s'est pas interrogée sur la compatibilité entre deux bases juridiques prévoyant, pour l'une, la codécision et la majorité qualifiée au Conseil et, pour l'autre, la décision du seul Conseil statuant à l'unanimité. Elle s'est contentée de conclure à l'application de la règle la plus stricte, c'est-à-dire la codécision combinée à l'unanimité au Conseil.

Cette jurisprudence n'était pas satisfaisante, et il faut se réjouir de voir que la Cour ait entendu la remettre en cause dans son arrêt du 19 juillet 2012 (86). Dans cette affaire, la Cour compare les procédures de l'article 75 TFUE, à savoir la procédure législative ordinaire impliquant la majorité qualifiée au Conseil et la pleine participation du Parlement, et de l'article 215, paragraphe 2, TFUE, qui implique la seule information du Parlement et requiert l'existence préalable d'une décision relevant de la PESC, prise généralement par le Conseil statuant seul à l'unanimité (87). Elle considère que « de telles différences sont de nature à rendre lesdites procédures incompatibles » (88). La constatation de l'incompatibilité entre la procédure législative ordinaire et l'adoption d'un acte par le Conseil à l'unanimité est bienvenue, car leur combinaison aboutirait à une dénaturation de chacune de ces deux procédures de décision. Elle est d'autant plus remarquable que cette question n'était pas utile à la solution de l'affaire et qu'elle est traitée, de façon peu logique, avant même l'étude du centre de gravité de l'acte. On peut regretter que la Cour n'explique pas plus avant les raisons précises qui la poussent à conclure à l'incompatibilité des procédures. En réalité, il est possible de considérer, en se basant sur la jurisprudence récente, que les procédures issues de plusieurs bases juridiques sont incompatibles, dès lors que leur combinaison aboutit à leur dénaturation. La simple constatation d'une différence entre ces procédures doit entraîner leur incompatibilité (89). Cette solution aboutit en pratique à une prohibition du cumul de

(83) C.J.C.E., 10 janvier 2006, *Commission c. Parlement et Conseil*, aff. C-178/03, préc. ; C.J.C.E., 6 novembre 2008, *Parlement c. Conseil*, aff. C-155/07, préc.

(84) Concl. Av. gén. Poiares Maduro sur C.J.C.E., 8 septembre 2009, *Commission c. Parlement et Conseil*, aff. C-411/06, préc.

(85) C.J.C.E., 3 septembre 2009, *Parlement c. Conseil*, aff. C-166/07, préc.

(86) C.J.U.E., 19 juillet 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-130/10, préc.

(87) Pt 47 de l'arrêt.

(88) Pt 48 de l'arrêt.

(89) En ce sens, voy. les concl. de l'Av. gén. Poiares Maduro sur C.J.C.E., 8 septembre 2009, *Commission c. Parlement et Conseil*, aff. C-411/06, préc.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

bases juridiques prévoyant des procédures de décision différentes.

La raréfaction de la double base juridique doit obliger le législateur comme la Cour à identifier précisément le centre de gravité de l'acte, menant à son terme le processus de consolidation des critères jurisprudentiels. Il semble que le contentieux de la base juridique des actes ait aujourd'hui trouvé son équilibre. Si de nouvelles évolutions ne sont pas à exclure, elles ne porteront ni sur les principes, forgés de longue date, ni sur les grandes tendances jurisprudentielles. La Cour de justice dispose aujourd'hui d'une jurisprudence suffisamment solide pour lui permettre de régler de façon cohérente les contentieux qui ne manqueront pas de naître quant au choix de la base juridique des actes.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Les évolutions du contentieux de la base juridique des actes
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

LE POUVOIR DE DÉCISION À L'ÉPREUVE DE « L'AGENCIARISATION » DE L'UNION – QUELQUES QUESTIONS CONSTITUTIONNELLES

Rostane MEHDI

Professeur à Aix-Marseille Université et au Collège d'Europe de Bruges
CERIC-DICE, UMR 7318
Chaire Jean Monnet

Rendre hommage à Claude Blumann expose immédiatement le téméraire à une difficulté (presque) insurmontable : dans quel registre inscrire le propos, s'agissant d'un juriste dont l'une des caractéristiques est d'avoir couvert avec autorité un spectre quasiment universel de matières relevant du droit public en général et du droit de l'Union européenne en particulier ?

Honorer le maître, le collègue et l'ami impose toutefois de retenir un angle d'attaque qui s'avérera, au regard des contraintes formelles de l'exercice, nécessairement réducteur. C'est donc à l'institutionnaliste d'exception que j'entends adresser les quelques réflexions qui suivront. Ce choix est dicté par la proximité disciplinaire entre le dédicataire et l'auteur de ces lignes, beaucoup plus que par la facilité. Il aurait été tout aussi légitime de rappeler l'apport essentiel de Cl. Blumann à l'étude des politiques de l'Union (à commencer évidemment par la Politique agricole commune (1), mais aussi de la politique de l'énergie (2) ou, plus largement, du marché intérieur (3)) ou à la compréhension du phénomène frontalier (4).

Le professeur Blumann sait mieux que quiconque rendre intelligible le mode d'organisation et de fonctionnement de cet ensemble sophistiqué que forme le système institutionnel de l'Union. Préférant par complexion intellectuelle la dynamique (5) à la statique, il démontait, il y a près de vingt ans, pièce par pièce les rouages de la fonction législative communautaire (6). Il

(1) Cl. Blumann, « La réforme de la politique agricole commune », *Cah. dr. eur.*, vol. 40, nos 3-4, 2004, p. 297.

(2) Cl. Blumann, « Les compétences de l'Union européenne dans le domaine de l'énergie », *R.A.E.*, no 4, 2009-2010, p. 737.

(3) Cl. Blumann, « Extension des libertés communautaires (services, aides d'État) grâce à une taxe incompatible », *Sem. jur.*, no 3, 2010, p. 46.

(4) Cl. Blumann, « Frontières et limites », in Colloque de Poitiers SFDI, *La frontière*, Paris, Pedone, 1980, p. 3.

(5) Nous rappellerons que c'est sous le mandat de Claude Blumann que la CEDECE a organisé le colloque de Poitiers, F. Hervouët (dir.), *La dynamique de la démarche communautaire dans la construction européenne*, coll. des Actes des colloques de la CEDECE, Paris, La Documentation française, 2002.

(6) Cl. Blumann, *La fonction législative communautaire*, Paris, LGDJ, 1995, 176 p.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

ne s'est pas simplement intéressé aux forces motrices de l'Union et de son ordre juridique, il a également livré de lumineuses analyses sur les crises qui en affligent à périodes régulières les institutions (7).

Loin de toute fixité marmoréenne, le système institutionnel de l'Union n'a cessé de muter au fil du temps, se transformant, parfois dans l'urgence, en fonction des besoins changeants de la construction européenne. Cette plasticité a sans doute constitué un gage d'adaptation à des enjeux que les pères fondateurs avaient souvent entrevus sans toujours parvenir à les formuler de manière précise. Une ductilité dont les traductions ont été non seulement d'ordre substantiel, mais aussi organique. Le professeur Blumann a su capter les diverses manifestations de cette capacité à se réinventer constamment. À cet égard, il est, par exemple, l'un des rares à avoir percé les mystères d'une comitologie dont la seule évocation suffit bien souvent à saisir d'effroi nos étudiants les mieux disposés (8). Dans cette perspective, c'est sur un phénomène dont l'importance et l'actualité ont été soulignées par une décision récente de la Cour de justice (9) que je souhaiterais m'appesantir brièvement : « l'agenciarisation » de l'Union, que l'on me pardonne ce barbarisme par ailleurs bien commode (10), et les conséquences que ce processus peut avoir du point de vue constitutionnel.

Que recouvre cette expression aussi inélégante qu'imprécise ? Elle renvoie à la « prolifération » (11) d'organes spécialisés formant un ensemble hétéroclite au sein ou à l'immédiate périphérie du système institutionnel (*stricto sensu*) de l'Union. Le traité Euratom prévoyait déjà la mise en place d'une agence d'approvisionnement agissant au profit des utilisateurs du secteur. Stigmate d'une « idéologie interventionniste » (12), elle manifestait la volonté des rédacteurs du traité de se doter d'un outil d'administration directe. À l'exception de cette hypothèse, ces entités ont par la suite fleuri sur un terreau juridique assez pauvre. Il faut, en effet, attendre les Traités de Maastricht et Nice pour que le droit originaire fasse expressément mention d'Europol et d'Eurojust. Le Traité de Lisbonne évoque explicitement, dans plusieurs de ses dispositions, les « organes et organismes de l'Union »,

(7) Cl. Blumann et F. Picod (dir.), *L'Union européenne et les crises*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

(8) Cl. Blumann, « Un nouveau départ pour la comitologie, le règlement n° 182/2011 du 16 février 2011 », *Cah. dr. eur.*, 2011, p. 23.

(9) C.J.U.E., 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c. Parlement européen et Conseil*, aff. C-270/12 ; F. Martucci, *Concurrences*, n° 2-2014, chron., p. 187 ; D. Simon, « Délégation de compétences à l'Autorité européenne des marchés financiers », *Europe*, n° 3, mars 2014, comm. 113.

(10) Préférant parler « d'agencification », J. Chevallier définit ce phénomène comme un « mouvement qui a conduit à la diffusion partout dans le monde, à partir des années 1990, d'un principe nouveau d'organisation administrative, traduit par la "prolifération" d'agences », « Agencification et gouvernance », in Conseil d'État, *Rapport public*, Paris, La Documentation française, 2012, p. 239. Sur ce sujet, voy. également J. Molinier, « Agences de l'Union européenne », *Répertoire de droit communautaire*, mars 2012.

(11) J. Chevallier, *L'État post-moderne*, Droit et Société, MSH, 2008, p. 93.

(12) Cl. Blumann, *La fonction législative communautaire*, *op. cit.*, p. 136.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

formule englobant les agences créées à flux continu depuis une quinzaine d'années.

Pour autant, le traité ne contient aucune définition normative de la notion même d'agence. Au-delà de cette incertitude, il est cependant possible d'en recenser les traits principaux. Une agence est un organisme de droit public européen possédant la personnalité juridique. Elle est créée en vue d'accomplir une mission ou une tâche clairement identifiée dans l'acte constitutif. Elle jouit d'une autonomie de gestion et de moyens lui permettant, par exemple, de recourir largement à des personnels contractuels.

On distingue, en l'état actuel du droit de l'Union, trois types (sans qu'existe toutefois de modèle pur et parfait) d'agence, la Commission reconnaissant à chacun des vertus propres.

– Les agences exécutives sont chargées de tâches de gestion. Leur statut est défini dans un règlement-cadre du Conseil adopté le 19 décembre 2002 (13). Elles assistent la Commission dans l'exécution des programmes communautaires de soutien financier. La Commission exerce à l'égard de ces agences, compte tenu de la nature des missions qui leur sont assignées, un rôle déterminant quant à leur création, leur organisation et leur fonctionnement. Ces agences peuvent être chargées de la gestion de tout ou partie de programmes communautaires, à l'exclusion des actes comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (14). Les décisions impliquant un choix politique doivent, en principe, rester du seul ressort des institutions elles-mêmes.
– Les observatoires sont chargés de collecter des informations et des données de caractère technique et scientifique dans leur domaine d'activité spécifique. Ils en assurent la gestion quotidienne. Dépourvus de pouvoir de décision, ces organes constituent le lien entre les institutions de l'Union, les autorités nationales et les milieux concernés. Tel est le cas de l'Observatoire européen des drogues et toxicomanies, de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes et de l'Agence européenne de l'environnement.
– Les agences décentralisées ou de régulation, enfin, qui peuvent avoir diverses fonctions. Elles sont chargées d'assister la Commission dans la prise de décision par la formulation d'avis et de recommandations scientifiques et techniques. Les agences de régulation peuvent également être chargées d'inspections qui permettront à la Commission d'exercer son office de « gardienne des traités » en toute connaissance de cause (Agence européenne de la sécurité maritime). Elles peuvent, aussi, être investies du pouvoir d'édicter des décisions individuelles susceptibles de produire un effet juridique à l'égard des tiers (15) voire

(13) Règlement du Conseil nº 58/2003/CE du 19 décembre 2002, *J.O.U.E.*, L 11 du 16 janvier 2003, p. 1.
(14) Rapport Assemblée nationale nº 3069, *op. cit.*, p. 20.
(15) Tel est le cas de l'OHMI, OCVV ou de l'Agence européenne de la sécurité aérienne.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de fonctions plus directement opérationnelles (on pense ici, p. ex., à Frontex).

L'accélération de l'agenciarisation répond manifestement à de multiples attentes. Il est probable que les États membres se montrent favorables à la création d'agences en ce qu'elles renforceraient, aux yeux de citoyens trop souvent désabusés, la visibilité d'une Europe « concrète ». Leur sensibilité a, sur ce point, été confortée par la survenance de crises sanitaires, écologiques, migratoires et, plus récemment, économique et financière (16) qui ont mis en lumière divers dysfonctionnements : une hétérogénéité réglementaire inconciliable avec l'exigence d'application uniforme du droit de l'Union ; des capacités insuffisantes d'inspection et de contrôle de l'application du droit de l'Union ; un manque chronique de confiance entre États membres ; une gestion hasardeuse des risques ; un déficit d'expertise technique. Pour la Commission, les agences contribuent à améliorer la gouvernance de l'Union. Une gouvernance renouvelée et promouvant la régulation des activités plutôt que leur soumission à des logiques de réglementation. Dans un cadre de régulation, l'autorité publique se contente de définir des règles du jeu et de vérifier leur respect, censé permettre une harmonisation des actions des différents acteurs du secteur considéré. La Commission estime ainsi que la création d'agences lui permettrait de se recentrer sur ses missions essentielles de conception, d'initiative politique et de contrôle du respect du droit de l'Union (17). Elle y voit également une manière de capitaliser les compétences existant dans un secteur de haute technicité et d'améliorer la visibilité pour les acteurs du secteur ou pour le grand public. En cela, la quarantaine d'agences (toutes catégories confondues) existantes est l'un des avatars les plus tangibles d'une gouvernance européenne cédant aux injonctions d'une culture managériale (18). Le concept est alors compris comme l'expression d'un « effort de modernisation de l'action publique permettant d'en assurer l'efficacité » (19). Plus familiers de l'effectivité (20), de la validité ou encore de la légitimité, il n'est cependant plus loisible aux juristes de faire l'impasse sur une exigence à ce point cruciale qu'elle paraît mesurer la « performance » et la qualité du droit. Ordre singulier du fait de son caractère composite, de son essence plurielle et de son enracinement dans des réalités économiques qu'il prétend régir, on peut gager que le droit de l'Union européenne sera, en quelque sorte par sa nature même, plus

(16) T. Tridimas, « Community agencies, competition law, and ECSB on securities clearing and settlement », *YEL*, vol. 28, n° 1, 2009, p. 216.

(17) M. Blanquet, « Les agences de l'Union et gouvernance européenne », in J.-F. Couzinet (dir.), *Les agences de l'Union européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Études de l'IREDE, Toulouse, PU des Sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 43.

(18) P. Bezes, « Politique et administration en régime néo-managérial. Recomposition, réactivation ou balancier ? », in *Mélanges en l'honneur de J. Chevallier, Penser la science administrative dans la post-modernité*, Paris, LGDJ, 2013, p. 409.

(19) *Ibid.*, p. 241.

(20) J. Commaille, « Effectivité », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy, Paris, PUF, Dicopoche, 2003, p. 583 ; F. Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 126.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

perméable à cette injonction. Une gouvernance mise au service de l'efficacité normative, ce « nouvel impératif juridique » (21), suscite donc une adaptation des dispositifs présidant tant à la production du droit qu'à l'exécution des politiques qui en résultent. En cela, l'Union n'a finalement fait qu'emboîter le pas à une révolution en vertu de laquelle les États eux-mêmes se sont résolus, depuis longtemps déjà, à créer, en marge des chaînes hiérarchiques classiques, des « centres de gestion autonomes », jouissant d'un haut de degré d'expertise et étant étroitement connectés aux réalités d'un milieu (22). Les agences européennes sont au cœur d'un réseau liant les services de la Commission, les administrations et les autorités de régulation nationales dont elles structurent la coopération (23).

C'est dans ce contexte général qu'il convient de resituer la création de l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF). Portée sur les fonts baptismaux le 1er janvier 2011, l'AEMF forme, avec l'Autorité bancaire européenne (24) et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles, un « système » organique désigné collectivement par l'expression « autorités européennes de surveillance » (25). L'AEMF scelle la concrétisation du programme de réforme lancé par la Commission européenne après la crise financière de 2008 et le rapport du Groupe de haut niveau présidé par M. Jacques de Larosière (26). Mené par l'ancien gouverneur de la Banque de France, ce groupe invitait à un changement d'échelle par un renforcement décisif de la surveillance des marchés financiers. Aussi, l'AEMF doit-elle offrir à l'Union l'expertise nécessaire pour surveiller les marchés financiers européens en appui aux autorités nationales de surveillance (27). À cet effet, elle a été dotée d'une gamme très large d'instruments devant lui permettre d'exercer des pouvoirs de régulation, de consultation et de notification en matière de vente à découvert. En ce sens, l'AEMF se distingue des agences de régulation intervenant dans d'autres domaines que celui des marchés financiers. Elle n'est sans doute pas la première à recevoir des compétences robustes d'intervention. Toutefois, la « manière tortueuse dont ces pouvoirs ont été attribués (à l'AESA et l'ECHA par exemple) et les multiples contrôles auxquels ils sont soumis démontrent que l'intention du législateur n'était pas de leur conférer un pouvoir hiérarchique clair sur

(21) F. Rouvillois, « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Working Paper, Fondation pour l'innovation politique*, novembre 2006, www.fondapol.org.

(22) J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, pp. 92 et s.

(23) E. Chitti, « Existe-t-il un modèle d'agences de l'Union européenne ? », in J. Molinier (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 73.

(24) Règlement (UE) nº 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 24 novembre 2010, instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, *J.O.U.E.*, L 331, p. 12.

(25) Le cons. 10 du règlement nº 1095/2010 utilise le sigle « AES ».

(26) 25 février 2009, http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_fr.pdf.

(27) Voy. cons. 8-12 du règlement nº 1095/2010 et document de travail des services de la Commission *SEC*(2009) 1234, du 23 septembre 2009, pp. 27 et 28.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

leurs homologues nationaux » (28). L'AEMF est, pour sa part, habilitée sans équivoque à adopter à l'égard d'entités juridiques individuelles des décisions contraignantes se substituant soit à une décision, soit à l'inaction d'une autorité nationale compétente susceptible d'être en désaccord avec une décision prise par l'AEMF. Conformément à l'article 28, paragraphe 11, du règlement nº 236/2012, une mesure édictée par l'AEMF prévaut sur toute mesure antérieure émise par une autorité nationale compétente.

Elle devient ainsi probablement « the most powerful of the European Supervision agencies » (29).

La multiplication des agences, phénomène dont la création de l'AEMF n'est qu'une illustration il est vrai notable, soulève quantité de questions. On pressent ici qu'il peut s'avérer difficile de trouver un point d'équilibre satisfaisant entre l'efficacité et l'indépendance des agences, d'une part, et le risque que ces dernières, échappant à tout contrôle, ne versent insensiblement dans l'arbitraire d'autre part. Telles sont sans doute les raisons qui ont conduit le Royaume-Uni à introduire un recours en annulation à l'encontre du règlement nº 236/2012. Une réaction qui témoigne de la crainte que la création d'une agence puisse affecter l'équilibre institutionnel, favoriser l'émergence d'organes disposant de pouvoirs allant très au-delà de ce que la jurisprudence autorise ou, encore, soustraire une partie importante de l'action publique aux contrôles sans lesquels il serait vain de parler d'Union de droit.

I. – « AGENCIARISATION » ET PRINCIPE D'ÉQUILIBRE INSTITUTIONNEL

La création d'une agence dotée à l'instar de l'AEMF de pouvoirs étendus semble, à première vue, de nature à troubler l'équilibre devant présider à l'organisation et au fonctionnement du système institutionnel.

On le sait, d'origine jurisprudentielle (30), le principe d'équilibre est « paradigmatique » (31) d'un dispositif institutionnel qui ne s'est jamais coulé dans l'un des grands modèles constitutionnels présidant à l'organisation des systèmes politiques internes. Ainsi, il ne saurait être question, dans ce cadre, de séparation des pouvoirs, mais d'une distribution de ceux-ci entre des institutions appelées à collaborer dans l'exercice des fonctions législatives et exécutives sans toutefois que leur autonomie puisse en être affectée. Il remplit plusieurs fonctions.

(28) Concl. Av. gén. N. Jääskinen présentées le 12 septembre 2013 dans l'aff. C-270/12, pt 24.

(29) T. Tridimas, « Financial supervision and agency power : reflections on ESMA », in N. Suibhne et L. Gormley, *From Single Market to Economic Union : Essays in Memory of John A. Usher*, UPO, 2012, p. 59.

(30) C.J.C.E., 13 juin 1958, *Meroni*, aff. C-9/56, *Rec.*, p. 16.

(31) V. Constantinesco, « L'équilibre institutionnel dans la Constitution de l'Union européenne », *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, éd. Apogée, 2006, p. 481.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Il peut être perçu comme une règle de (bonne) conduite ou, si l'on préfère, de comportement que les institutions doivent, sans exception, intégrer, car elle vise à assurer la cohérence de l'ordre « constitutionnel » instauré par les rédacteurs du traité. À ce titre, ce principe est d'abord destiné à protéger les institutions les unes par rapport aux autres. Dans cette perspective, il règle les relations entre les institutions « tout au long du processus de décision, d'exécution et de sanction » du droit de l'Union (32). Il a pour conséquence d'imposer aux institutions, sous peine de ruiner « l'équilibre voulu par le traité », le respect du champ des compétences de chacune par les autres (33).

Le principe d'équilibre apparaît également comme une « règle de conflit » à l'aune de laquelle la Cour dénouera les différends opposant les institutions. Répétons que la Cour vise moins à préserver ici un équilibre idéel qu'à rétablir, à chaque fois que cela est nécessaire, l'institution ou l'organe lésé dans les droits que lui confère le traité. Le juge protège l'intégrité des compétences telles qu'attribuées par le traité. La Cour évitera ainsi qu'une institution ne soit « écrasée » par l'effet de la désinvolture qu'autoriserait la détention de l'essentiel d'un pouvoir par un autre organe. Au-delà de sa fonction de protection et de conservation de l'ordre institutionnel existant, le principe de l'équilibre institutionnel a également permis d'encadrer les mutations institutionnelles qui ont jalonné, depuis l'origine, l'histoire de la construction européenne.

Dans la mesure où il traduit juridiquement des rapports de force politiques variant au gré des révisions des traités, ce principe est affecté, sur le plan substantiel au moins, d'une inévitable contingence. En ce sens, le dispositif institutionnel doit se montrer tout à la fois stable et adaptable en fonction des mutations sociales. Il ne s'agit nullement de rechercher ici un équilibre parfait, mais bien plutôt d'offrir à un ensemble complexe la possibilité de fonctionner le plus efficacement possible. En d'autres termes, s'il ne permet pas d'éradiquer les risques d'interférences organiques ou de subordinations incidentes, le principe d'équilibre répond, en revanche, à l'exigence du réalisme institutionnel et politique. C'est probablement cette malléabilité qui en explique la pérennité. Telle la perche qui permet au funambule de conserver son équilibre, le principe vise à atténuer les déstabilisations fréquemment induites par les novations institutionnelles. C'est lui que l'on évoquera parfois et avec une fortune variable pour modérer les ardeurs réformatrices de certaines institutions. Tel est clairement le sens du premier moyen soulevé par le Royaume-Uni dans l'affaire C-270/12 lorsqu'il estimait que les pouvoirs attribués, par l'article 28 du règlement n° 236/2012, à l'AEMF outrepassaient les limites fixées par la Cour dans l'arrêt *Meroni* en matière de délégation de pouvoirs.

(32) C. Schmitter, « Équilibre institutionnel », in A. Barav et C. Philip (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 475.

(33) En ce sens, le principe de l'équilibre institutionnel « implique que chacune des institutions exerce ses compétences dans le respect de celles des autres », C.J.U.E., 6 mai 2008, *Parlement c. Conseil*, aff. C-133/06, *Rec.*, p. I-3189.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Le Royaume-Uni stigmatisait le fait que l'appréciation des critères conditionnant l'intervention de l'AEMF implique un « très large pouvoir discrétionnaire ». Lorsque l'agence doit déterminer s'il existe ou non une « menace » pesant sur le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ou sur la stabilité de l'ensemble ou d'une partie du système financier, elle émet un « jugement hautement subjectif » (34), ou qu'elle doit apprécier l'impact des mesures projetées, elle s'appuie sur des « jugements de fond indéterminables » (35). Cette discrétionnarité serait encore soulignée par le fait que l'agence « dispose d'un large éventail de choix en ce qui concerne la ou les mesures à imposer ainsi que les éventuelles exceptions à prévoir ». Ce faisant, elle pourrait prendre des décisions de nature à avoir « des implications très significatives en matière de politiques économique et financière ». Le fait que les mesures prises par l'AEMF soient théoriquement temporaires « ne modifie en rien leur nature fondamentale » dans la mesure où elles pourraient avoir, en méconnaissance des principes établis dans l'arrêt *Meroni*, des conséquences significatives à long terme, notamment un impact sur la liquidité des marchés, et entraîner des effets potentiellement durables sur la confiance globale dans ces derniers » (36).

La Cour rappelle qu'il convient de distinguer les délégations selon qu'elles visent soit à attribuer des « pouvoirs d'exécution nettement délimités et dont l'usage, de ce fait, est susceptible d'un contrôle rigoureux au regard de critères objectifs fixés par l'autorité délégante », soit à conférer un « pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique ». Or, pour les juges de Luxembourg, une délégation du « premier type » n'est pas susceptible « de modifier sensiblement les conséquences qu'entraîne l'exercice des pouvoirs qu'elle affecte », alors « qu'une délégation du second type, en substituant les choix de l'autorité délégataire à ceux de l'autorité délégante, opère un "véritable déplacement de responsabilité". Soucieuse d'inscrire son raisonnement dans la droite ligne de sa jurisprudence inaugurée en 1958, la Cour relève donc que l'article 28 du règlement n° 236/2012 n'octroie aucune compétence autonome à l'AEMF plaçant celle-ci hors du cadre réglementaire établi. Partant, elle passe en revue l'ensemble des éléments factuels de nature à accréditer cette lecture bienveillante du règlement entrepris. À cet égard, elle estime que l'AEMF n'est autorisée à prendre des mesures contraignantes que si celles-ci répondent à des menaces pesant 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. De plus, son intervention est subordonnée à l'inaction des autorités nationales compétentes ou à l'adoption par ces dernières de mesures inappropriées à la situation. L'Autorité doit, en outre, s'assurer de l'impact positif des mesures envisagées. La mise en œuvre des pouvoirs qui lui sont délégués est donc soumise à la réunion

(34) Pt 29.
(35) Pt 31.
(36) Pt 33.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'une multitude de conditions cumulatives. Dès lors qu'il est satisfait à ces exigences, l'AEMF peut agir mais toujours dans le cadre strictement fixé par l'article 9, paragraphe 5, du règlement. Enfin, elle est tenue de consulter le Comité européen du risque systémique (CERS) (37) et de notifier aux autorités nationales compétentes le contenu et les motifs sous-tendant la mesure envisagée. Une fois prise, celle-ci devra être réexaminée à intervalles réguliers et au moins tous les trois mois. La marge de manœuvre de l'AEMF paraît donc doublement contrainte tant par l'existence de cette obligation de consultation et de motivation que par le caractère temporaire des mesures autorisées. Ce sentiment est encore renforcé par le fait que la Commission peut, en tant que de besoin, préciser par actes délégués les critères et facteurs à prendre en compte par les autorités nationales aussi bien que par l'agence. En conclusion, l'AEMF dispose, selon la Cour, de pouvoirs précisément encadrés et susceptibles d'un contrôle juridictionnel au regard des objectifs définis par l'autorité délégante. La Cour s'en tient donc aux exigences qui structurent, depuis 1958, une jurisprudence hiératique.

On peut toutefois se demander si elle ne parvient pas à ce résultat au prix d'une distorsion (vertueuse) de la réalité. En effet, l'affaire C-270/12 confirme, si besoin était, combien la frontière séparant les pouvoirs d'exécution des pouvoirs comportant l'exercice d'une marge de discrétion plus ou moins large a tendance à se brouiller (38). Il est vrai que la Cour a, en d'autres circonstances, considéré que, dans certains domaines (telle la PAC), la notion de compétence d'exécution devait être interprétée largement afin de tenir compte tant de l'économie des traités que des exigences de la pratique (39). Sans doute, faut-il en déduire que, derrière l'apparente rigueur d'attendus de principe que la Cour ne manque jamais de rappeler, la jurisprudence *Meroni* offre un cadre de référence très lâche (ce qui en explique probablement la longévité), permettant au juge d'ajuster son

(37) Institué par le règlement (UE) nº 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 24 novembre 2010, relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, *J.O.U.E.*, L 331, p. 1.

(38) Les compétences d'exécution sont enfermées dans un cadre dont les contours restent, en effet, difficiles à appréhender de manière précise. Dans un arrêt *Allemagne c. Commission*, la Cour avait considéré que la qualification « d'éléments essentiels d'une législation » devait être réservée aux dispositions qui « ont pour objet de traduire les orientations fondamentales de la politique communautaire » (arrêt du 27 octobre 1992 [C-240/90, *Rec.*, p. I-5383]). Dit autrement, les limites des compétences d'exécution sont d'abord définies par référence aux caractéristiques de la politique considérée, au champ d'action plus ou moins large conféré à la Commission par la disposition habilitante, au contenu, aux finalités et à l'économie générale de l'acte de base. Dans un arrêt C.J.U.E., 5 septembre 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-355/10, la Cour, en revanche, a jugé que l'adoption de règles attribuant, au terme d'un exercice de pondération d'intérêts divergents, des pouvoirs de coercition aux unités chargées de la surveillance des frontières nécessite des choix politiques relevant des responsabilités propres du législateur. Le juge s'est montré sensible au fait qu'il est dans la nature même de prérogatives dont l'exercice est susceptible d'interférer avec les droits de souveraineté d'États tiers (selon le pavillon des navires concernés) d'induire une évolution majeure au sein du système du Code des frontières Schengen qui ne pouvaient à l'évidence être initiées sous couvert de simples mesures d'exécution.

(39) P. ex., C.J.C.E., 30 octobre 1975, *Rey Soda*, aff. C-23/75, *Rec.*, p. 1279.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

appréciation en fonction des données propres à chaque espèce. Sa préoccupation est ici de trouver un moyen terme acceptable entre l'idée qu'une délégation (effectivement) utile ne soit pas conçue de manière excessivement restrictive et la nécessité d'en prévenir les dérives. Si l'on peut considérer que la jurisprudence *Meroni* était étayée par le souci de ne pas favoriser une dispersion de la fonction exécutive, le temps n'est manifestement plus à la centralisation de ce pouvoir entre les mains de la seule Commission.

L'implication croissante de l'Union dans l'évaluation de risques complexes et le traitement de menaces systémiques rend à l'évidence d'autant plus nécessaire la création d'organes péri-institutionnels offrant des ressources d'expertises sans lesquelles il serait hasardeux d'imaginer que l'Union puisse agir efficacement dans un contexte de crise. Au-delà, les agences apparaissent, du point de vue politique, comme « a golden compromise » (40) en ce qu'elles constituent un modèle à la fois centralisé et respectueux des intérêts des États membres. Au cœur d'un réseau collaboratif, elles aident à la formulation de solutions transcendant les préoccupations étroitement nationales. Partant, les raisons pour lesquelles la Cour procède à une analyse « minorante » des pouvoirs conférés à l'AEMF s'éclairent. En choisissant d'adosser sa démonstration principalement aux modalités d'encadrement et de contrôle appliquées à l'AEMF, elle sous-estime volontairement le fait que les pouvoirs délégués à cet organe sont empreints d'une forte discrétionnarité. En effet, l'agence jouit d'un pouvoir de qualification substantiel en vertu duquel il lui revient de déterminer si une situation appelle une intervention urgente. Si l'on veut bien excepter le critère lié à l'inaction des autorités nationales dont il faut admettre le caractère purement objectif, toutes les conditions mises à l'exercice de ses pouvoirs laissent en réalité à l'agence une liberté d'appréciation dépassant de loin ce qu'impliquerait une lecture littérale de la jurisprudence *Meroni*. Il ne saurait y avoir de délégations « gratuites », c'est-à-dire ne répondant pas à une nécessité avérée. De même, il reste impossible à l'autorité délégante de conférer à l'agence délégataire des compétences dont elle ne disposerait pas elle-même. En revanche, le principe d'équilibre institutionnel, tel qu'il avait été consacré par cet arrêt « étalon », semble pouvoir s'accommoder de l'attribution d'un pouvoir par essence discrétionnaire au profit d'une agence dont la fonction régulatrice n'est contestée par aucun observateur.

Dans le même temps, la Cour, chargée des arbitrages ultimes, doit s'assurer que l'attribution de pouvoirs substantiels ne minera pas l'équilibre institutionnel ni ne contreviendra aux exigences les plus élémentaires du principe démocratique. Si les agences doivent, et l'AEMF n'échappe pas à cette sujétion, pouvoir remplir les missions souvent complexes qui en justifient la création, elles ne sauraient, en revanche, être soustraites à l'impératif d'« accountability ». C'est précisément cet équilibre que la Cour s'est efforcée de privilégier par une lecture renouvelée de la jurisprudence *Meroni*.

(40) T. Tridimas, « Financial supervision and agency power : reflections on ESMA », *op. cit.*, p. 63.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

II. – Les risques (limités) de fragmentation de la fonction normative

L'affaire C-270/12 pose la délicate question de savoir si une agence peut se voir reconnaître le pouvoir d'édicter elle-même des actes quasi législatifs de portée générale sans contrevenir au principe posé dans son arrêt *Romano* (41).

On sait que l'AEMF a reçu des compétences denses et étendues par l'effet du règlement 1095/2010. À ce titre, elle est chargée de contribuer à la « création de normes et de pratiques communes de grande qualité en matière de réglementation et de surveillance, notamment en fournissant des avis aux institutions de l'Union et en élaborant des orientations, des recommandations et des projets de normes techniques de réglementation et d'exécution » (42). À l'instar d'autres agences de régulation, l'Autorité exerce donc un magistère d'influence qui va très au-delà de ce que laisserait supposer le caractère apparemment consultatif de son intervention. Lorsque l'agence du médicament, par exemple, exprime des hésitations quant à l'innocuité d'un produit ou l'opportunité de l'autorisation de sa mise sur le marché, il y a fort à parier que la Commission s'alignera (au nom du principe de précaution) sur cette position (43). De même, lorsqu'elle a l'intention de ne pas approuver un projet de norme technique formulé par l'AEMF ou de s'en écarter même partiellement, la Commission doit renvoyer ce projet à l'Autorité en indiquant les raisons motivant ses réserves. Si le dernier mot appartient indéniablement au Collège, il n'en demeure pas moins que ce dispositif procédural place l'agence dans une position particulièrement favorable, car l'organe qui informe la décision n'est pas celui qui en assume juridiquement et politiquement la responsabilité. On assiste ainsi au déplacement du centre de gravité des processus de décision au profit de l'instance experte.

Dans l'affaire C-270/12, le Royaume-Uni relevait, à l'appui de son recours, que les prérogatives confiées à l'AEMF lui permettaient d'édicter des actes affectant l'ensemble des personnes réalisant des transactions au moyen de ventes à découvert. En effet, l'Autorité est appelée à adopter, dans des cas précis, des actes de portée générale ou des mesures pouvant s'adresser à toutes personnes physiques ou morales détenant une catégorie d'instruments financiers ou procédant à certaines transactions financières. Pour autant, la Cour refuse de considérer que l'article 28 du règlement n° 236/

(41) C.J.C.E., 14 mai 1981, *Romano c. INAMI*, aff. C-98/80, *Rec.*, p. 1241.

(42) Art. 8, § 1er, a).

(43) Sans doute convient-il de nuancer cette appréciation ou, au moins, de relever que la Commission elle-même veille à maintenir les apparences. C'est ainsi que la Commission a pu rappeler qu'elle « accorde un rôle important à l'autorisation des médicaments dans l'Union européenne », mais qu'elle « ne suit pas aveuglément les avis de l'Agence européenne du médicament (AEM) et, ces trois dernières années, ses services lui ont demandé de préciser certains aspects de ses avis sur les autorisations de mise sur le marché dans plus de 50 cas », Réponse donnée par M. Borg au nom de la Commission (31 octobre 2013) à une question posée par le député M. Tarabella (18 septembre 2013, Question avec demande de réponse écrite E-010624/13).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

2012 méconnaîtrait le principe en vertu duquel elle a observé qu'il résultait « tant du droit primaire en matière de compétences conférées par le Conseil à la Commission pour l'exécution de règles que ce premier établit que du système juridictionnel mis en place par le traité [CEE] qu'un organe, tel que celui en cause dans l'affaire ayant donné lieu à [l'arrêt *Romano*], en l'occurrence une commission administrative, ne peut être habilité par le Conseil à arrêter des actes revêtant un caractère normatif ». Selon la Cour, une décision d'un tel organe, tout en étant susceptible de fournir une aide aux institutions chargées d'appliquer le droit de l'Union, n'est pas de nature à obliger ces dernières à suivre certaines méthodes ou à adopter certaines interprétations lorsqu'elles procèdent à l'application des règles de l'Union. La Cour en a conclu que la décision litigieuse adoptée par cette commission administrative « ne liait pas » la juridiction de renvoi (44).

Aussi, juge-t-elle, à juste raison, que le cadre institutionnel établi par le TFUE et notamment les articles 263, alinéa 1er, et 277 autorise explicitement les organes et organismes de l'Union à adopter des actes de portée générale. Ajoutons que l'octroi de pouvoirs exorbitants au bénéfice de l'AEMF dépend en premier lieu de la réalisation de « circonstances strictement circonscrites » (45). Dit autrement, leur exercice s'inscrit dans un registre réactif plus que systématique. Par ailleurs, la délégation dont jouit ici l'Autorité ne porte que sur des pouvoirs (notamment) d'exécution dont la teneur est strictement définie. Enfin, l'AEMF poursuit sa mission en étant soumise à un aléa judiciaire dont on sait qu'il maintient la démocratie européenne sur le chemin de la légalité, quelles que soient les mutations qu'elle connaît. La légitimité politique et juridique du système procède pour une large part de l'existence de mécanismes juridictionnels permettant un ajustement salutaire entre les exigences de l'action et celles du contrôle.

III. – Une délégation s'inscrivant dans un cadre juridique spécifique

Sur quelle base juridique le législateur peut-il s'appuyer lorsqu'il envisage de déléguer à une agence des prérogatives substantielles ? Est-il même envisageable qu'une agence puisse se voir attribuer de tels pouvoirs alors qu'une lecture (cursive) du traité semblerait l'exclure… ? Telle était en tout cas la thèse défendue par le Royaume-Uni à l'appui de son recours contre l'article 28 du règlement no 236/2012. Le gouvernement requérant interprétait les articles 290 et 291 TFUE comme scellant l'impossibilité pour le Conseil et le Parlement de conférer à une agence des prérogatives dont seule la Commission pourrait (ou devrait) être attributaire.

Dit autrement, en dehors du Collège, nul organe ou organisme de l'Union ne pourrait se voir reconnaître le pouvoir d'édicter des actes délégués ou

(44) Pt 20 de l'arrêt *Romano*.
(45) C.J.U.E., 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c. Parlement européen et Conseil*, aff. C-270/12, pt 98.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

d'exécution. Cet argument soulève en réalité une question dépassant de loin le cadre de l'affaire C-270/12. Il s'agissait, en effet, pour la Cour de statuer sur le point de savoir si les articles 290 et 291 TFUE devaient être considérés comme le seul cadre juridique en vertu duquel des pouvoirs délégués ou d'exécution pourraient être confiés, en l'occurrence, à une agence. Retenir, sur ce point, une analyse restrictive du traité reviendrait à réserver à la Commission la qualité exclusive de destinataire d'une telle délégation. Cette option aurait immanquablement pour conséquence de condamner les agences à ne disposer que de sabres de bois pour mener à bien les missions délicates qui leur sont confiées. À l'inverse, conclure comme le fera la Cour à une diffraction du cadre juridique conduit à reconnaître au législateur la faculté de conférer à des organes ou organismes de l'Union de tels pouvoirs en dehors du cercle finalement étroit des articles 290 et 291 TFUE.

La Cour étaye son raisonnement en relevant tout d'abord que, si les traités ne comportent aucune disposition prévoyant expressément l'octroi de compétences à un organe ou un organisme de l'Union, plusieurs autres dispositions présupposent qu'une telle possibilité existe. Les articles 263, 265, 267 et 277 TFUE aménagent des mécanismes juridictionnels s'appliquant tous aux organes et organismes de l'Union que le législateur aurait pourvus du pouvoir d'adopter des actes juridiquement contraignants (46). Elle poursuit en soulignant le fait que l'attribution de pouvoirs décisionnels à l'AEMF s'explique par la nécessité d'articuler expertise professionnelle et technique spécifique. Si l'argument justifie, avec autorité, le choix du Conseil et du Parlement de doter une agence stratégique des prérogatives lui permettant de faire face efficacement à la crise du système financier, on voit moins en quoi il validerait la mise à l'écart des articles 290 et 291 TFUE. Il est vrai que le juge souligne qu'aucun des pouvoirs conférés à l'Autorité ne correspond aux cas de figure circonscrits par ces dispositions. On peut se demander si la Cour n'entend pas singulariser, compte tenu de cette atypicité, les modalités de délégation de pouvoirs fortement techniques par rapport aux conditions de « droit commun » établies par les articles 290 et 291 TFUE. À cet égard, la Cour veille à replacer l'article 28 du règlement n° 236/2012 au cœur d'un système complexe, le SESF, dont il constitue l'une des pièces maîtresses (47).

L'attribution de pouvoirs de régulation tangibles à une agence peut témoigner, comme pour ce qui concerne l'AEMF, de la volonté de ses promoteurs d'achever l'intégration d'un marché soumis aux fortes turbulences dues à la crise financière. Il s'agit ainsi d'aller au-delà d'une action de législation classique pour « développer une implication plus étroite au cœur même de

(46) La Cour illustre son propos en évoquant le cas de plusieurs autres agences : l'Agence européenne des produits chimiques, l'Agence européenne des médicaments, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles), l'Office communautaire des variétés végétales ainsi que l'Agence européenne de la sécurité aérienne (pt 81).

(47) F. Martucci, *Concurrences*, *op. cit.*, spéc. p. 189.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'activité » considérée (48). Dans cette perspective, l'article 28 du règlement n° 236/2012 constitue bien pour la Cour une mesure susceptible d'être fondée sur l'article 114 TFUE. Lorsqu'il entend s'appuyer sur cette disposition, le législateur jouit d'une marge d'appréciation quant à la technique de rapprochement des règles nationales la plus appropriée afin d'aboutir au résultat souhaité, particulièrement quand la réalisation de celui-ci requiert des analyses élaborées. Cette liberté peut amener le Conseil et le Parlement à instituer un organisme chargé de contribuer à la réalisation d'un processus d'harmonisation (49). La Cour juge que l'article 114 TFUE offre *a fortiori* au Conseil et au Parlement une base juridique propre à autoriser une agence à disposer du pouvoir d'adopter des décisions à caractère général et individuel lorsque ces mesures appellent une expertise professionnelle et technique particulière, ainsi qu'une capacité réactive (50). À cet égard, les prérogatives dont l'AEMF est attributaire constituent une manière adéquate de préserver, en dernier recours (c'est-à-dire à défaut d'une intervention convaincante des autorités nationales compétentes), l'objectif supérieur de stabilité financière (51).

Par son arrêt du 22 janvier 2014, la Cour reconnaît, dans certaines limites, au législateur de l'Union le droit de déléguer ses pouvoirs à des entités légalement établies dans la mesure où une expertise professionnelle et technique particulière alliée à une capacité réactive sont nécessaires à la satisfaction d'une exigence d'intérêt général. Se faisant, elle contribue sans doute à dénouer le « conundrum » *Meroni* (52). Cette jurisprudence doit désormais être interprétée avec toute la souplesse que suppose l'adaptabilité des dispositifs institutionnels en temps de crise. Ajoutons que cette évolution intervient à un moment où, par ailleurs, la Commission s'est engagée à renforcer le rôle des agences exécutives par un accroissement de la délégation des programmes mis en œuvre par ses services (53).

---

(48) M. Blanquet et N. De Grove-Valdeyron, « Le recours à des agences de l'Union en réponse aux questions de sécurité », in J. Molinier (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 87.

(49) C.J.C.E., 2 mai 2006, *Royaume-Uni c. Parlement européen et Conseil*, aff. C-217/04, *Rec.*, p. I-3771 ; en l'espèce était en cause la création de l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information. Sans être exhaustif, on peut rappeler que tel est également le cas pour l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information, l'Agence européenne de sécurité des aliments ou encore l'Agence européenne de la sécurité aérienne. Ces entités sont tendues vers l'objectif de préserver, chacune dans son secteur de compétence, le fonctionnement du marché intérieur, sur ce point, M. Blanquet et N. De Grove-Valdeyron, « Le recours à des agences de l'Union en réponse aux questions de sécurité », *op. cit.*, pp. 81 et s.

(50) Pt 105.

(51) La Cour a, en effet, posé 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 » (C.J.U.E., 27 novembre 2012, *Pringle*, aff. C-370/12, pt 135).

(52) T. Tridimas, « Financial supervision and agency power : reflections on ESMA », *op. cit.*, pp. 59 et s.

(53) *COM*(2013) 719 final, « Lettre rectificative n° 2 au projet de budget général 2014 : état des dépenses par section », 16 octobre 2013, pp. 13 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Si l'agenciarisation accélérée de l'Union est perçue comme un vecteur d'efficacité, elle reste, paradoxalement, un facteur de confusion institutionnelle. Le nombre grandissant d'agences et des risques de chevauchements de compétences que cela induit, la difficulté à distinguer ce qui relève de choix essentiels et ce qui n'appelle que des mesures de simple exécution, la lancinante question de la légitimation démocratique d'organes dont la vocation reste technique accentuent sans doute cette impression. Un inconfort que l'accord interinstitutionnel du 12 juillet 2012 sur une approche globale n'est pas parvenu à dissiper. Il est probable que trop d'arrière-pensées subsistent chez les différents protagonistes. Cette multiplication d'entités périinstitutionnelles s'apparente (trop) souvent à une « fuite en avant » trahissant une absence préoccupante de vision à long terme (54). Les États ou le Conseil sont, du reste, parfois enclins à une forme de schizophrénie : poussant à la création d'agences dont ils semblent espérer qu'elles ne portent pas les fruits qu'ils prétendaient en espérer… Ainsi, reste-t-on saisi par l'incapacité du Bureau européen d'asile à remplir correctement son mandat alors qu'affluent les demandeurs de protection en provenance de l'arc de crise entourant l'Union. De même, l'efficacité du travail des agences les plus actives dans la protection de la sécurité intérieure de l'Union dépend-elle de la coopération des États (55). Or, en l'espèce et sans considération pour le caractère éminemment stratégique de nombre des affaires dont il est ici question, l'engagement des États demeure souvent très en deçà de ce que l'on peut en attendre (56). Que dire encore de la curée médiatique dont l'agence Frontex est régulièrement la cible dans l'opinion, sans que cela n'émeuve les gouvernements ou les institutions de l'Union, alors que son renforcement technique et financier devrait être une priorité bien comprise…

Une évolution heurtée qui, avouons-le, laisse perplexe alors que, comme le soulignait il y a bientôt vingt ans Cl. Blumann, « l'Union européenne, les États membres ont tout intérêt à clarifier la situation encore plus dans un contexte de doute et d'interrogation sur l'avenir de la construction européenne » (57).

(54) H. Labayle, S. Peers et E. De Capitani, « Le prochain Programme en matière JAI : quelle aptitude à relever les défis de l'Union ? », http://www.gdr-elsj.eu.

(55) M. Blanquet et N. De Grove-Valdeyron, « Le recours à des agences de l'Union en réponse aux questions de sécurité », *op. cit.*, pp. 120 et s.

(56) L. Dumoulin, « La stratégie européenne de lutte contre le terrorisme : dernier rapport du coordinateur de la lutte contre le terrorisme de l'Union », 16 juin 2012, http://www.gdr-elsj.eu.

(57) Cl. Blumann, *La fonction législative communautaire*, *op. cit.*, p. 2.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union – Quelques questions constitutionnelles
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

LA BCE ET L'ORDOLIBÉRALISME : ÉTUDE DES DISCOURS SUR LA CONSTITUTION MONÉTAIRE DE L'UNION

Francesco MARTUCCI

Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Collège européen de Paris

« It is worth recalling that the monetary constitution of the ECB is firmly grounded in the principles of "ordoliberalism", particularly two of its central tenets :

First, a clear separation of power and objectives between authorities ;

And second, adherence to the principles of an open market economy with free competition, favoring an efficient allocation of resources » (1).

L'affirmation de Mario Draghi est péremptoire : il existe une « constitution monétaire de la BCE » ; cette constitution est « fermement enracinée dans les principes de l'ordolibéralisme ». L'Union monétaire, telle qu'elle est régie par le titre VIII de la troisième partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union monétaire, serait pétrie d'ordolibéralisme, courant de pensée auquel on doit la notion mixte de constitution économique (2). Autrement dit se pose la question d'une constitutionnalisation de l'Union monétaire transcendant les frontières disciplinaires du droit et de l'économie. Professeur de droit communautaire (3), puis de l'Union européenne, le dédicataire de ces lignes n'a eu de cesse tout au long de sa carrière de s'affranchir des clivages classiques en étudiant tant le droit institutionnel que le droit matériel. Rares sont, en France, les auteurs qui ont écrit un manuel de référence dans les domaines du droit institutionnel et du droit matériel. Le droit économique occupe ainsi une place de choix dans le manuel de *Droit matériel de l'Union européenne*. Les fondements constitutionnels de l'Union européenne ont pris une place croissante dans le manuel de *Droit institutionnel*. À la croisée de deux matières, l'Union monétaire est régie par un droit constitutionnel économique.

L'affirmation selon laquelle l'Union européenne serait d'inspiration ordolibérale est tout aussi ancienne que le Traité de Rome. Le besoin de retrouver

(1) *Opening remarks at the session « Rethinking the Limitations of Monetary Policy », at the farewell conference honouring Governor Stanley Fischer*, The Israel Museum, Jerusalem, 18 June 2013.

(2) Voy. J. Drexl, « La Constitution économique européenne. L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE*, t. XXV, 2011, nº 4, pp. 427-429.

(3) Voy. J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, préface B. François, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, Science politique, Paris, Dalloz, 2014, pp. 396-397.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La BCE et l'ordolibéralisme : étude des discours sur la Constitution monétaire de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

« les idées directrices d'une constitution économique européenne » (4) conduit naturellement aux travaux préparatoires des traités sur lesquels l'empreinte des hommes fut si forte (5). D'inspiration dirigiste, le traité CECA était tout sauf d'inspiration ordolibérale, ce qui conduisit le ministre allemand de l'économie, Ludwig Erhard, à fustiger le Traité de Paris en ce qu'il représentait une mauvaise « intégration institutionnelle » fondée sur l'économie administrée préférée à une bonne « intégration fonctionnelle » promue par la libre concurrence (6). Au cours de la négociation du Traité de Rome, les Allemands acceptèrent le dirigisme induit par le traité Euratom, par la politique agricole commune ou, encore, par la politique commune des transports. En contrepartie, ils obtinrent que le Traité instituant la Communauté économique européenne soit en partie fondé sur une « intégration fonctionnelle » reposant sur les quatre libertés de circulation et le principe de concurrence libre et non faussée. En effet, pour Ludwig Erhard, l'intégration européenne ne pouvait voir le jour que dans un « système d'économies libres » impliquant que des organes supranationaux de surveillance garantissent le respect des règles du jeu. Ministre de l'Économie d'Adenauer, Ludwig Ehrard était proche de l'École de Fribourg dont les idées ont ainsi nourri le miracle économique allemand de l'immédiat après-guerre, avec la bienveillance des Américains, sensibles au passé de résistance face au nazisme des ordolibéraux et leur inclinaison à l'économie de marché en opposition au modèle soviétique. Sans être exclusive, l'influence ordolibérale allemande a pesé fortement sur la rédaction du Traité de Rome. Walter Hallstein, premier président de la Commission, était un professeur de droit sensible à l'École de Fribourg. Hans von der Groeben, figure de l'ordolibéralisme, a participé à la rédaction du rapport Spaak et était chef adjoint de la délégation allemande chargée de la négociation du marché commun, avant de devenir le premier commissaire en charge de la concurrence, à la tête d'une équipe composée de personnes formées par l'école de Fribourg, dont Ernst-Joachim Mestmäcker, élève de Franz Böhm (7). Le héraut de l'idée d'économie sociale de marché, Alfred Müller-Armack, était représentant du gouvernement allemand lors des premières années de la

(4) L'idée est reprise par Pescatore à Ophüls. P. Pescatore, « La notion du marché commun dans les traités instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Benelux et les Communautés européennes », *En hommage à Victor Gothot*, Liège, Faculté de droit, 1962, p. 503.

(5) Sur l'influence allemande, voy. F. Denord et A. Schwartz, « L'économie (très) politique des traités de Rome », *Politix*, 89, 2010, pp. 35-56 ; A. Vauchez, *L'Union par le droit*, coll. Références, Paris, Presses de Sciences Po, 2013, pp. 95-98.

(6) A. Wilkens, « Jean Monnet, Konrad Adenauer et la politique européenne de l'Allemagne fédérale – Convergences et discordances (1950-1957) », in G. Bossuat et A. Wilkens (dir.), *Jean Monnet, l'Europe et les chemins de la paix*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1999, p. 176. Sur le rôle de Ludwig Erhard, voy. M. Schulz, « Ludwig Erhard, l'ordolibéralisme et l'intégration européenne : du plan Schuman au Kennedy Round », in M. Catala (dir.), *Cinquante ans après la déclaration Schuman. Histoire de la construction européenne*, Colloque international de Nantes, 11, 12 et 13 mai 2000, Nantes, Ouest Éditions, p. 397 ; L. Simonin, « Ordolibéralisme et intégration économique européenne », *Revue d'Allemagne*, t. 33, 2001, fasc. 1, p. 66.

(7) A. Vauchez, *L'Union par le droit*, *op. cit.*, pp. 95-98.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La BCE et l'ordolibéralisme : étude des discours sur la Constitution monétaire de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

construction européenne (8). Ainsi, les dispositions relatives au droit de la concurrence sont-elles clairement calquées sur celles de la loi allemande adoptée en 1956 (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) (9).

On comprend que, dès les prémices du marché commun, une partie de la doctrine juridique ait identifié une constitution économique (*Wirtschaftsverfassung*) dans le Traité instituant la Communauté économique européenne ; ce fut le cas avec l'article précurseur d'Ophüls publié en 1962 (10), prélude à une littérature allemande particulièrement abondante (11). En France, il faut attendre 1977 pour que Léontin-Jean Constantinesco publie à la *Revue trimestrielle de droit européen* un article intitulé « La Constitution économique de la C.E.E. » (12). L'auteur fournit un effort conceptuel : en repartant des travaux ordolibéraux, il construit une notion juridique de constitution économique européenne. Par la suite, cette notion n'a guère suscité l'engouement de la doctrine juridique français, demeurée hermétique aux travaux de l'ordolibéralisme. Il faut attendre un colloque organisé par l'Université de Reims en 2006 pour que le terme de constitution économique soit réellement employé ; les Actes publiés du colloque révèlent cependant la perception singulière de cette notion par les participants, qui, pour la plupart, ont ignoré l'ordolibéralisme (13). Par la suite, en langue française, l'école de Fribourg est essentiellement citée en droit de la concurrence (14). Dans la doctrine de langue anglaise de droit de l'Union,

(8) Sur l'influence allemande, voy. D. J. Gerber, « Constitutionalizing the economy : German neoliberalism, competition law and the "New Europe" », *Am. J. Comp. L.*, vol. 42, 1994, n° 1, pp. 69-72 ; W. Sauter, « The economic constitution of the European Central Union », *Colum. J. Eur. L.*, vol. 4, 1998, n° 27, pp. 46-47.

(9) J. Drexl, « Competition law as part of the European constitution », in A. von Bogdandy et J. Bast (dir.), *Principles of European Constititional Law*, 2e éd., Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 661-669.

(10) C. F. Ophüls, « Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung », *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. 124, 1962, pp. 136-181.

(11) Voy. not. A. Müller-Armack, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik : Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europaischen Integration*, Freiburg im Breisgau, Rombach, 1966 ; J. Scherer, *Die Wirtschaftsverfassung der EWG*, Baden-Baden, Nomos, 1970 ; J. Basedow, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1992 ; E.-J. Mestmäcker, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union : Beiträge zu Recht, Theorie und Politik der europäischen Integration*, Baden-Baden, Nomos, 2003 ; M. Ruffert, *Die Wirtschaftsverfassung im Vertrag über eine Verfassung für Europa : Referat im Rahmen der Vortragsreihe « Rechtsfragen der europäischen Integration »*, Bonn, Zentrum für Europ. Wirtschaftsrecht, 2004 ; R. Bruhn, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union aus deutscher Perspektive*, Berlin, Logos, 2009.

(12) L.-J. Constantinesco, 1977, préc., pp. 244-281.

(13) O. Debarge, T. Georgopoulos et O. Rabaey (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, 2e Rencontres du GIEPI, 12 et 13 mai 2006, Bruxelles, Bruylant, 2008.

(14) C. Monguachon, « L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique », *Concurrences*, n° 4-2011, art. n° 38770, pp. 70-78 ; *Idem*, *Abus de position dominante et secteur public*, Bruxelles, Bruylant, préface J.-Y. Chérot, coll. Concurrences, 2012 ; C. Prieto, « Politique européenne de concurrence », *J.Cl. Europe Traité*, fasc. 1390, 2014, pt 5 ; *Idem*, « L'Europe et le droit de la concurrence : des malentendus aux mérites reconnus », *Sem. jur. (éd. G)*, n° 12, 21 mars 2007, I 132.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La BCE et l'ordolibéralisme : étude des discours sur la Constitution monétaire de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

la constitution économique est davantage identifiée dans les libertés de circulation (15).

Depuis 1957, les dispositions du traité relatives au droit de la concurrence et aux libertés de circulation sont demeurées inchangées. Il a, en revanche, fallu attendre le Traité de Maastricht pour que l'Union économique et monétaire soit consacrée. Les négociations de ce traité présentent, pour les dispositions relatives à l'Union monétaire, une singularité (16). Ont activement participé aux négociations les « représentants personnels » des ministres des Finances, à savoir, pour l'Allemagne, Horst Köhler, secrétaire d'État aux Finances, représentant le ministre Theo Waigel, et pour la France, Jean-Claude Trichet, directeur du Trésor, négociant pour Pierre Bérégovoy. Les ministres ne traitent que des questions essentielles, pour le reste, la négociation se fait donc essentiellement entre M. Trichet et M. Köhler. Parallèlement, elle a également lieu dans le cadre du Comité monétaire qui réunit les directeurs du Trésor ainsi que les vice-gouverneurs des banques centrales. Identifier l'origine des dispositions d'un traité est toujours un exercice délicat ; mesurer à quel point les dispositions régissant l'Union monétaire sont imprégnées d'une conception plutôt que d'une autre s'avère d'autant plus une gageure que, par définition, elles sont le fruit d'une négociation et, donc, de compromis. Il demeure que l'influence allemande sur l'organisation de l'Union monétaire et de la BCE est indéniable, que ce soit pour la stabilité des prix ou l'indépendance de la banque centrale. Doit-on en déduire que l'Union monétaire est ordolibérale (17) ? Il faut se garder de toute réponse hâtive ; au contraire, si notre dessein est de confirmer ou d'infirmer la filiation ordolibérale de la politique monétaire de l'Union, il convient, pour reprendre l'expression d'Eucken, de se placer dans la perspective d'un « droit économique conscient », c'est-à-dire conscient de son historicité. Aussi, un effort de déconstruction des discours tenus est-il nécessaire. Que l'Union monétaire soit ordolibérale signifie que le monétaire a été pensé par les ordolibéraux. Il convient, dès lors, d'identifier le discours

(15) J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement: the Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, Hart Publishing, 2002; M. Poiares Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 1998. M. E. Streit et W. Mussler, «The economic constitution of the European Community: from "Rome" to "Maastricht"», *E.L.J.*, vol. 1, 1995, n° 1, pp. 5-30; C.-D. Ehlermann, «Comment on Manfred E. Streit and Werner Mussler. The economic constitution of the European Community: from "Rome" to "Maastricht"», *E.L.J.*, vol. 1, 1995, n° 1, pp. 84-85.

(16) T. Klau et J. Quatremer, *Ces hommes qui ont fait l'euro. Querelles et ambitions européennes*, Paris, Plon, 1999, chap. 6.

(17) Voy. E. Dehay, « La justification ordo-libérale de l'indépendance des banques centrales », *Revue française d'économie*, vol. 10, 1995, n° 10-1, pp. 27-53 ; C.-L. Holtfrerich, « La politique monétaire en Allemagne depuis 1948 », in J.-P. Touffut (dir.), *Les banques centrales sont-elles légitimes ?*, coll. Sciences humaines, Paris, Albin Michel, 2008, pp. 37-71 ; P. Nedergaard, *The Influence of Ordoliberalism in European Integration Processes: A Framework for Ideational Influence with Competition Policy and the Economic and Monetary Policy as Examples*, MPRA Paper, n° 52331, décembre 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La BCE et l'ordolibéralisme : étude des discours sur la Constitution monétaire de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

monétaire de l'École ordolibérale (I), avant de présenter le discours ordolibéral de l'autorité monétaire (II).

I. – Le discours monétaire de l'école ordolibérale

Quelle place occupe la monnaie et la politique monétaire dans la pensée ordo-libérale (18) ?

Eucken ne s'est guère montré disert sur le monétaire sans que la question soit absente de son œuvre (19). On trouve ainsi dans les *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* un chapitre consacré à la politique monétaire. L'intitulé est évocateur : « Primat der Währungspolitik – Der währungspolitische Stabilisator » (20). Le chapitre débute par une citation de Lénine : « pour détruire la société bourgeoise, il faut dévaster son système monétaire » ; le dessein d'Eucken est clair : défendre le « primat » monétaire incarné par une monnaie stable et une stabilité monétaire.

Pour appuyer le primat de la stabilité, Eucken illustre son propos par l'histoire allemande ; l'hyperinflation des années 1922-1923 avait déjà retenu son attention dans un opuscule publié en 1923 (21) ; l'étude des périodes 1914-1923 de l'inflation ouverte (« offene Inflation »), 1936-1948 de l'inflation retenue (« gestaubte Inflation ») et 1929-1932 de la déflation le conduit à souligner les dangers d'une guerre financée par l'inflation (22) et d'une inflation stoppée après la guerre (23).

Se pose alors la question de savoir comment un ordre monétaire permet de promouvoir la stabilité dans l'ordre concurrentiel (24).

Eucken procède à une distinction entre deux « formes principales d'économie monétaire » : soit la monnaie est à la fois moyen d'échange et étalon des valeurs, soit elle est uniquement moyen d'échange. Il distingue également entre trois « systèmes monétaires purs » : un bien matériel est considéré monnaie ; la monnaie est créée en contrepartie d'un bien ou d'un travail ; elle est le produit d'une offre de crédit. Pour Eucken, la création

(18) Sur la position de Röpke peu favorable à la construction européenne perçue comme un danger pour le libre-échange, voy. L. P. Feld, *Europa in der Welt von heute : Wilhelm Röpke und die Zukunft der Europäischen Währungsunion*, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, 2012/2.

(19) Voy. W. J. Folz, *Das geldtheoretische und geldpolitische Werk Walter Euckens*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1970.

(20) W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, XVI, 6. durchgesehene Auflage : Kapitel : *Die Politik der Wettbewerbsordnung – Die konstituierenden Prinzipien*, pp. 254-291.

(21) *Kritische Betrachtungen zum Deutschen Geldproblem*, Jena, 1923.

(22) En 1939, Eucken a participé aux travaux d'un comité d'économistes contestant l'inflation.

(23) « Bermerkung zur Währungsfrage », in H. Möller (dir.), *Zur Vorgeschichte der Deutschen Mark*, Basel, 1961.

(24) On reprend ici en grande partie l'analyse de F. Bilger. F. Bilger, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, préface D. Villey, coll. Bibliothèque d'économie politique, Paris, LGDJ, 1964, pp. 156-159.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La BCE et l'ordolibéralisme : étude des discours sur la Constitution monétaire de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

monétaire sous la troisième forme s'est considérablement développée avec l'industrialisation, non sans provoquer une instabilité monétaire. Il s'agit, dès lors, de savoir comment « un système monétaire de stabilité plus grande peut être intégré dans le système concurrentiel » (25).

Eucken considère que l'adoption d'une politique monétaire autonome ne permet pas un retour à l'étalon-or ; en conséquence, il cherche un mécanisme différent et se rallie à l'opinion d'une monnaie internationale basée sur un certain nombre de produits primaires (26). L'auteur proposait également d'étendre la limitation de la création monétaire par la banque centrale aux banques ordinaires en s'inspirant des travaux de l'École de Chicago : l'idée est de scinder chaque banque privée en deux sections, l'une de banque, l'autre de monnaie scripturale (27). Alors que la section de banque comporterait à son actif ses créances sur l'économie et à son passif les dépôts des épargnants, la section de monnaie scripturale ne pourrait couvrir ses activités qu'avec la banque centrale. Autrement dit, ainsi que le résume Bilger, on distingue clairement crédit et création monétaire. En conjuguant ces deux plans, on pourrait faire disparaître une des principales causes de déséquilibre dû au fait que la création monétaire s'accroît en cas de hausse des prix et inversement ; pour Eucken, « la création monétaire se comporterait ici inversement, agissant contre l'éloignement de l'équilibre » (28).

Eucken confère un sens ordolibéral au principe selon lequel la politique monétaire présente une signification particulière en politique économique. Toutefois, l'économie ne doit pas être « sacrifiée » à la monnaie ; au contraire, au moyen d'une stabilisation de la valeur de l'argent, il est possible de fonder un instrument d'orientation du processus économique. La Constitution monétaire (*Währungsverfassung*) doit être constituée d'un « stabilisateur de la valeur de la monnaie » (*Stabilisator des Geldwertes*) qui permet de parvenir à un équilibre dans un ordre concurrentiel. « Une bonne Constitution monétaire » (*eine gute Währungsverfassung*) doit à la fois garantir une stabilité de la valeur de l'argent, mais également contribuer au fonctionnement automatique de l'ordre concurrentiel. En tout état de cause, insiste Eucken, tous les efforts pour un ordre concurrentiel sont vains aussi longtemps qu'une certaine stabilité de la valeur monétaire n'est pas garantie. C'est pourquoi la politique monétaire est un pilier de l'ordre concurrentiel (« Die Währungspolitik hetzt daher für die Wettbewerbsordnung ein Primat »).

Après Eucken, la monnaie et la politique monétaire ont retenu l'attention essentiellement des économistes de l'École de Fribourg. Est révélateur le fait qu'une seule contribution soit consacrée à la monnaie dans les *Mélanges en l'honneur de Franz Böhm*, écrite de surcroît par un banquier

(25) Cité par F. Bilger, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, *op. cit.*, p. 156.
(26) *Ibid.*
(27) *Ibid.*
(28) Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, *op. cit.*, p. 262.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La BCE et l'ordolibéralisme : étude des discours sur la Constitution monétaire de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

central (29). En 1960 est publiée par l'Institut Walter Eucken une théorie de la politique monétaire (*Theorie der Geldpolitik*) qui s'inscrit dans la continuité du maître. Le primat demeure celui de la stabilité, et la politique monétaire n'intervient qu'à la marge pour réguler la masse monétaire d'un pays (30). Par la suite, Friedrich Lutz s'est plus spécifiquement intéressé à la monnaie en reprenant l'héritage d'Eucken et du primat de la stabilité (31). De façon plus sporadique, d'autres travaux sur la monnaie et sur les banques centrales ont été publiés dans le cadre de l'École de Fribourg (32).

Le discours monétaire de l'ordolibéralisme promeut la stabilité ; on comprend, dès lors, qu'il soit repris par la BCE.

II. – Le discours ordolibéral de l'autorité monétaire

On relève quelques occurrences de l'ordolibéralisme dans le discours de la BCE, ce qui est d'autant plus surprenant que cette institution n'est guère explicite lorsqu'il s'agit d'identifier les fondements théoriques de sa politique monétaire. Tout au plus se contente-t-elle de renvoyer à « la pensée économique contemporaine, étayée par l'expérience » pour justifier le fait que « les banques centrales dotées d'un statut indépendant ayant un mandat clair de maintien de la stabilité des prix se sont révélées être les plus à même d'atteindre un niveau d'inflation faible et de garantir la stabilité de la monnaie, ainsi que la confiance dans celle-ci » (33). Aussi, la référence ordolibérale surprend-elle.

L'ordolibéralisme est cité dans une série de discours tenus par des membres du directoire de la BCE. Entre le 1er janvier 1999 et le 1er janvier 2015, quinze discours ont été publiés sur le site Internet de la BCE dans lesquels

(29) O. Pfeiderer, « Geld als Ordnungsmacht », in H. Sauermann et E.-J. Mestmäcker (dir.), *Festschrift für Franz Böhm*, 1975, pp. 471-483.

(30) A. Bosch et R. Veit, *Theorie der Geldpolitik*, Walter Eucken Institut Freiburg, Br. Wirtschaftswissenschaltliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen, Nr. 3., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1966, 104 p.

(31) F. A. Lutz, « Geldpolitik und wirtschaftsordnung », *ORDO*, 1949, band II, pp. 207-228 ; *Idem*, *Geld und wahrung*, Tubingen, 1962 ; *Idem*, *Lohn, Inflation und Zahlungsbilanz*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1967 ; V. Veit-Bachmann et V. Vanberg (dir.), *Währungsordnung und Inflation : zum Gedenken an Friedrich A. Lutz (1901 - 1975)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

(32) F. W. Meyer, « Geldpolitik, vollbeschäftigung und wirtschaftsordnung », *ORDO*, band I, 1948, pp. 91-124 ; O. Veit, « Die verantwortung der notenbank », *Weltwirtschaftliches archiv*, band LXVIII, 1952, pp. 147-177 ; *Idem*, « Pecunia in ordine rerum », *ORDO*, band VI, 1953, pp. 39-77 ; E. Görgens et K. Ruckriegel, « Zentralbanken zwischen staatlichem Machtanspruch und Stabilitätsinteresse », *ORDO*, Band 58, 2007, pp. 17-32 ; U. Vollmer, « Wer entscheidet über Leitzinssatzänderunge ? Zur optimalen Gestalt des Zentralbankrats in einer Währungsunion », *ORDO*, Band 55, 2004, pp. 287-312 ; R. Wrobel, *Geldpolitik und Finanzmarktkrise : Das Konzept der « unabhängigen Zentralbank » auf dem ordnungspolitischen Prüfstand*, Diskurs, 2010, 09.

(33) BCE, « Les relations de la BCE avec les institutions et les organes de la Communauté européenne », *Bulletin mensuel de la BCE*, 2000, octobre, p. 53.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La BCE et l'ordolibéralisme : étude des discours sur la Constitution monétaire de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'ordolibéralisme est invoqué. Neuf discours ont été tenus entre 1999 et 2010 ; les six autres ont été prononcés sous le mandat de Mario Draghi.

Sur les huit discours, celui de L. Bini-Smaghi ne présente qu'un intérêt limité ; intervenant à l'Université de Fribourg, le membre du directoire opère une légère allusion à Eucken dans son propos introductif (34). C'est également à Fribourg que G. Tumpel-Gugerell « revisite » en 2005 trois penseurs de l'économie, Eucken, Hayek et Schumpeter (35). La conclusion relève du pamphlet : ce que nous apprennent ces trois penseurs est : 1° les marchés libres nécessitent des institutions fortes et une régulation claire ; 2° l'ouverture des marchés nationaux renforce la concurrence ; 3° la concurrence génère des informations et des innovations ; 4° la « destruction créative » est la condition nécessaire pour remplacer les structures anciennes par des structures nouvelles et plus efficaces. Sans surprise, les membres allemands du directoire s'avèrent les plus enthousiastes à l'évocation de l'ordolibéralisme. En 2000, O. Issing prononce un discours, toujours à Fribourg, rendant hommage à Walter Eucken et reprenant la formule de l'auteur *Primat der Währungspolitik* (36). Après avoir exposé les idées monétaires d'Eucken et dégagé le primat de la stabilité monétaire, O. Issing analyse la façon dont est conçue la politique monétaire de la BCE et le cadre institutionnel dans lequel elle est conduite. Pour O. Issing, une filiation claire existe entre les principes de stabilité monétaire défendus par Eucken et la conception de la politique monétaire de la BCE. En 2004, un second discours est consacré par O. Issing à la stabilité des prix dans lequel le membre du directoire insiste sur l'influence ordolibérale (37). Cette fois, le dessein est de promouvoir la stabilité des prix comme principe fondamental d'inspiration ordolibérale. Le contexte est sensible puisque l'élargissement aux pays d'Europe centrale et orientale est réalisé. O. Issing est explicite : « convergence et stabilité » sont les défis que les nouveaux États membres doivent relever. On remarque que, de façon beaucoup plus accessoire, Issing cite Eucken, pour lequel une bonne constitution monétaire fonctionne de manière automatique (38). Que M. Issing s'inscrive dans la tradition ordolibérale n'est pas un mystère (39). N'est-ce pas au *Walter Eucken Institut* qu'il publie en

(34) *Monetary Policy and Asset Prices*, Opening address by Lorenzo Bini Smaghi, Member of the Executive Board of the ECB, Freiburg, 14 October 2009.

(35) *Regulation, Competition and Integration in EU Banking : What Drives Performance ? - Revisiting Freiburg*, speech by Gertrude Tumpel-Gugerell, Member of the Executive Board of the ECB, Albert-Ludwigs University of Freiburg, Faculty of Economics and Behavioural Sciences, Opening of the Integrated Master Programmes of the academic year 2005/2006, Freiburg, 21 October 2005.

(36) *Walter Eucken : vom Primat der Währungspolitik*, Vortrag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Otmar Issing Mitglied des Direktoriums der Europäischen Zentralbank, Walter-Eucken-Institut, Freiburg, 17. März 2000.

(37) *Vom Primat der Preisstabilität*, Prager-Frühling-Vortrag, Liberální Institut, Professor Otmar Issing, Mitglied des Direktoriums der Europäischen Zentralbank, Prag, 10. Juni 2004.

(38) *Kommunikation, Transparenz, Rechenschaft - Geldpolitik im 21. Jahrhundert*, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Otmar Issing, Mitglied des Direktoriums der Europäischen Zentralbank, Thünen-Vorlesung auf der Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik am 29. September 2004 in Dresden.

(39) Voy., en ce sens, M. Wolf, « Speeches », in *Monetary Policy, a Journey from Theory*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La BCE et l'ordolibéralisme : étude des discours sur la Constitution monétaire de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

1973 un opuscule sur l'inflation, opuscule purement économique dont les premières pages débutent néanmoins par du droit, de la jurisprudence plus précisément (40) ?

On retrouve cette filiation ordolibérale également chez le successeur de M. Issing. J. Stark a été le membre allemand du conseil des gouverneurs qui a démissionné en 2011 en réaction à la politique monétaire menée par la BCE pour surmonter la crise (41). On ne s'étonne pas dès lors qu'Eucken et les principes de l'ordre politique (*Ordnungspolitische Prinzipien*) qu'il promeut soient évoqués dans deux discours consacrés à la crise. Il faut répondre à la crise financière par les principes de l'ordre politique défendus par Böhm et Eucken : les marchés ont besoin de règles effectives et canalisées pour fonctionner de manière stable et efficiente. Les principes ordolibéraux ainsi évoqués sont : la primauté de la stabilité des prix, la promotion d'une concurrence sur tous les marchés, la protection des droits de propriété, la liberté contractuelle, une responsabilité illimitée et des politiques économiques de stabilité. Ainsi, pour J. Stark qui ne cache pas avoir été influencé au cours de sa carrière par les *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, l'ordolibéralisme et l'ordre de stabilité qu'il promeut sont les réponses à donner aux crises. En 2011, M. Stark démissionne du directoire de la BCE, officiellement pour des « raisons personnelles » (42). Officieusement, il aurait ainsi marqué son opposition au choix de la BCE de procéder à des achats de titres de dette publique sur le marché secondaire (43). Quelques mois auparavant, A. Weber avait également démissionné de son poste de gouverneur de la *Bundesbank* ; tout en invoquant des « raisons personnelles » (44), il n'a pas caché sa désapprobation à la politique menée par la BCE pour réagir à la crise des dettes souveraines (45). Au cours de la crise des dettes souveraines, la BCE se serait, en effet, écarté des principes ordolibéraux d'une *Ordnungspolitik* ; M. Weidmann, qui a succédé à M. Weber, est explicite dans un discours qu'il conclut par une citation de Lars Feld, directeur du Walter Eucken Institut, conseillant aux politiques de relire Eucken (46). Des auteurs défendent ainsi la thèse selon laquelle l'opposition des Allemands

---

to Practice, An ECB Colloquium held in Honour of Otmar Issing, 16-17 March 2006, Francfort, BCE, 2006, p. 79.

(40) O. Issing, *Indexklauseln und Inflation*, Vorträge und Aufsätze 40, Walter Eucken Institut, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973.

(41) *Monetary, Fiscal and Financial Stability in Europe*, speech by Jürgen Stark, Member of the Executive Board of the ECB, 11th Euro Finance Week in Frankfurt, 18 November 2008.

(42) ECB, 9 September 2011, *Jürgen Stark resigns from his position*, Press Release.

(43) P. Müller, C. Pauly et C. Reierman, « ECB chief economist quits : Jürgen Stark's resignation is setback for Merkel », *Spiegel International Online*, 12 September 2011.

(44) Mitteilung der Deutschen Bundesbank, Pressenotiz, 11 Februar 2011.

(45) A. Weber, *Rede anlässlich des Wechsels im Präsidentenamt der HV Mainz*, 31 mai 2010, Pressmitteilung.

(46) J. Weidmann, *Krisenmanagement und Ordnungspolitik*, Freiburg, 11. Februar 2013, Walter-Eucken-Vorlesung : « Ich empfehle gleichwohl allen Politikern, sich Euckens "Grundsätze der Wirtschaftspolitik" unters Kopfkissen zu legen ». Sur la position de M. Feld, voy. L. Feld im Interview, « Zuerst die Reformen », *Südtiroler Wirtschaftszeitung*, Nr. 44, 13, 15. November 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La BCE et l'ordolibéralisme : étude des discours sur la Constitution monétaire de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

aux mesures non conventionnelles de la BCE s'explique par le tropisme ordolibéral de la *Bundesbank* (47).

Paradoxalement, depuis que M. Draghi est président de la BCE, l'ordolibéralisme est davantage invoqué dans le discours de l'institution et n'est plus l'apanage des seuls membres allemands du directoire. Ce faisant, la teneur du discours évolue. La première vocation de la référence à Eucken et à l'ordolibéralisme demeure le primat de la stabilité des prix. Ainsi que B. Cœuré l'affirme, « for us at the ECB this ordoliberal foundation is most clearly expressed in our steadfast commitment to price stability » (48). M. Draghi cite Eucken qui écrit « all efforts to establish a liberal order are futile unless a certain monetary stability is guaranteed. Monetary policy therefore has a primary importance for the liberal order » (49), alors que Y. Mersch (50) et P. Praet reprennent la formule des *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* selon laquelle tous les efforts afin de réaliser un ordre concurrentiel sont vains aussi longtemps que la stabilité des prix n'est pas assurée (51). Une seconde vocation de la référence à Eucken et à l'ordolibéralisme se fait jour dans le discours de la BCE. L'objectif est d'étendre l'ordre de stabilité au-delà du seul domaine monétaire, au budgétaire et au bancaire. P. Praet se fonde sur l'ordolibéralisme pour se faire le héraut des principes d'une « culture européenne de la stabilité » : « sound money, sound finances, a competitive economy » (52). Eucken et l'ordolibéralisme sont ainsi invoqués, parmi d'autres courants de pensée néolibéraux, pour vanter les mérites d'une « constitution économique » fondée sur la stabilité des prix, la concurrence régulée et la discipline budgétaire (53). À M. Draghi revient le mot de la fin cité en introduction de cette contribution : « It is worth recalling that the monetary constitution of the ECB is firmly grounded in the principles of "ordoliberalism", particularly two of its central tenets: First, a clear separation of power and objectives between authorities; And second, adherence to the

(47) B. Young, « Finanzialisierung, Neoliberalismus und der deutsche Ordoliberalismus in der EU-Krisenbewältigung », in M. Heires et A. Nölke, (dir.), *Politische Ökonomie der Finanzialisierung*, Wiesbaden, Springer, 2014, pp. 63-77, spéc. pp. 71-74 ; A. Winkler, *The Lender of Last Resort in Court*, Frankfurt School – Working Paper Series, No. 207, January 2014.

(48) *Price Stability as the Basis of a Sustained Recovery*, speech by Benoît Cœuré, Member of the Executive Board of the ECB, Wirtschaftstag 2014, Berlin, 3 July 2014.

(49) *Kurs und Rolle der Europäischen Zentralbank bei der Krise im Eurogebiet*, Rede von Mario Draghi, Präsident der EZB, bei der Katholischen Akademie in Bayern, München, 27. Februar 2013.

(50) *Economic and Legal Limits of Central Banking*, keynote speech by Yves Mersch, Member of the Executive Board of the ECB, IMFS Conference on Monetary and Financial Stability, Frankfurt am Main, 26 November 2013.

(51) *Die Rolle des Geldes in der Marktwirtschaft*, Rede von Peter Praet, Mitglied des Direktoriums der EZB, im Rahmen des Bargeldsymposiums der Deutschen Bundesbank, Frankfurt am Main, 10. Oktober 2012.

(52) *Sound Money, Sound Finances, a Competitive Economy – Principles of a European Culture of Stability*, speech by Peter Praet, Member of the Executive Board of the ECB, at the symposium on « Perspectives for a common stability culture in Europe » organized by Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlin, 27 February 2012.

(53) *Law, Money and Market: the Legal Dimension of Monetary Policy*, speech by Yves Mersch, Member of the Executive Board of the ECB, at the Information Club Meeting, Luxembourg, 31 May 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La BCE et l'ordolibéralisme : étude des discours sur la Constitution monétaire de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

principles of an open market economy with free competition, favoring an efficient allocation of resources » (54).

* * *

Que reste-t-il, dès lors, de l'ordolibéralisme dans le constitutionnalisme monétaire pour reprendre le mot de C. Joerges (55) ? La filiation ordolibérale de l'ordre monétaire promu par l'Union est indéniable, qu'il s'agisse de l'objectif de la stabilité des prix ou de l'indépendance de la banque centrale. Toutefois, on ne saurait négliger l'influence d'autres courants de pensée économique. On pense ainsi aux préceptes de la nouvelle macroéconomie classique fondant un constitutionnalisme économique qui imprègne l'Union économique et monétaire. Dégagés aux États-Unis, ces préceptes exercent moins une influence en Europe et notamment en Allemagne où à l'ordolibéralisme succèdent les enseignements de la « New Classical Economics » (56). Aussi comprend-on que des économistes considèrent que l'UEM est le fruit d'un compromis Berlin-Washington (57). L'euro n'est donc pas uniquement ordolibéral ! Il l'est d'autant moins depuis que la BCE a adapté sa politique monétaire à la crise financière et à la crise des dettes souveraines. Des auteurs se fondent, en effet, sur l'ordolibéralisme pour contester les mesures « non conventionnelles » adoptées par la BCE, en particulier l'achat de titres de dette souveraine sur le marché secondaire (58). Aussi, la référence à l'ordolibéralisme par la BCE relève-t-elle avant tout d'un discours dont le dessein est de rassurer les marchés en défendant le primat de la stabilité.

(54) *Opening remarks at the session « Rethinking the Limitations of Monetary Policy »*, préc.

(55) C. Joerges, « Que reste-t-il de la Constitution économique européenne après la constitutionalisation de l'Europe – Une rétrospective mélancolique », *Cahiers européens de Sciences Po*, 1/2005.

(56) S. Dullien et U. Guérot, *The Long Shadow of Ordoliberalism: Germany's Approach to the Euro Crisis*, ECFR, 2012/49, février 2012.

(57) J.-P. Fitoussi et F. Saraceno, «European economic governance: the Berlin-Washington Consensus», *Cambridge Journal of Economics*, 2013, 13, pp. 479-496.

(58) Voy., p. ex., B. Young, «The role of German ordoliberalism in the Euro crisis», in N. Petropoulos (dir.), *The Debt Crisis in the Eurozone: Social Impact*, Newcastle, Cambridge Scholars Publishing, pp. 2-13.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
La BCE et l'ordolibéralisme : étude des discours sur la Constitution monétaire de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

L'HISTOIRE EUROPÉENNE DANS L'ENSEIGNEMENT JURIDIQUE DE L'UNION

L'évolutionnisme historique de l'Union européenne : quelles sources, quelles méthodes, pour quelle mémoire savante ? (1)

Pierre-Yves MONJAL
Professeur de droit public à l'Université François-Rabelais de Tours
Chaire Jean Monnet
Membre du GERCIE – EA 2110
Membre associé au CERAP – EA 1629

La présentation du droit de l'Union européenne dans les différents manuels actuellement publiés consacre une part relativement modeste à l'histoire même de la construction européenne et plus encore à celle de l'Europe. Lorsque cette histoire est présentée, elle se fonde sur une démarche juridico-chronologique qui a toute sa pertinence en droit, mais qui, dans le même temps, pose une série de questions recélant de nombreuses difficultés.

La première question concerne le point de départ de cette histoire. La plupart des analyses, en effet, font du second conflit mondial et des immédiates années qui le suivent ce point de départ constitutif. On assiste ainsi à un « écrasement » de la temporalité européenne, comme si l'Europe organisée n'avait pas eu d'existence, ou si peu, antérieurement à cette période. Il semble discutable de vouloir à toute force installer l'histoire de l'Union, et, en définitive, celle de l'Europe, dans cette période en éludant ou n'évoquant que très marginalement les autres moments de notre passé

(1) L'œuvre immense du professeur Claude Blumann est connue, ainsi que son parcours universitaire. Nous voudrions profiter de ces *Mélanges* pour lui rendre un hommage plus personnel. Alors étudiant de son cours de droit international public à l'Université de Tours, nous avons ensuite abordé avec lui le droit communautaire sous l'angle institutionnel. Ces enseignements ont été très marquants, tant par leur qualité que par la manière dont ils ont été dispensés. Un mémoire de DEA, sous la direction du professeur Blumann, traitant du principe de primauté, nous a plongé dans le droit communautaire. Cette immersion fut déterminante. Dans la foulée, sous sa direction toujours, et pendant quatre ans et demi, nous rédigerons une thèse consacrée à la hiérarchie entre les normes communautaires (LGDJ, T-112, 2000). Ses conseils et leçons d'entraînement pour le concours d'agrégation nous auront été particulièrement précieux. Chacun de nous doit beaucoup à ceux qui nous ont précédés dans la discipline et la carrière sans le savoir nécessairement. C'est notre cas. La découverte et la compréhension du droit communautaire grâce au professeur Blumann (encore aujourd'hui) auront été décisives et, disons-le ainsi, auront modifié le cours de notre existence. L'admiration personnelle que nous portons à son érudition, sa pensée particulièrement ciselée, son travail considérable… doit lui être dite. Ces *Mélanges* constituent une belle occasion de lui signifier. La sensibilité tout en retenue du professeur Blumann est connue de ceux qui le côtoient. Celui qui, métaphoriquement, il y a peu encore, nous parlait de navires qui croisent, mais qui, après escale, s'éloignent, sait que toute traversée suppose un cap. Ce cap, vous nous l'avez donné. Notre traversée est assurée…

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

continental commun. L'inconvénient de cette démarche juridico-chronologique, strictement définie dans cette temporalité post-45, est qu'elle enferme le juriste et son savoir dans un univers normé et non véritablement, ou en tout cas de moins en moins, « histori(ci)sé ».

Certes, certains ouvrages de droit communautaire des années 1970 ou 1980, doit-on le rappeler, consacraient des développements nourris et érudits, avec un franc partis pris culturo-historique il est vrai, à la Tradition européenne afin de mettre en perspective et, surtout, en relief l'avancée institutionnelle que constituaient ces Communautés au regard de cette épaisseur historique européenne qui semble progressivement se perdre aujourd'hui.

Se pose ainsi et ensuite une double question de fond qui est celle de la surface de ce savoir juridique européen d'aujourd'hui, d'une part, et du sens de ce savoir s'il est étudié hors ancrages signifiants dans cette histoire des États européens et de leur continent commun, d'autre part. Le propos pourrait également se résumer ainsi : qu'est-ce qu'être juriste spécialiste de l'Europe au XXIe siècle ?

La question est faussement naïve et appelle des réponses diverses. L'Europe tout d'abord. Dans cette frénétique globalisation du monde, la pensée devient également globale et donc amputée. Cette amputation de la pensée collective et individuelle, qui est une entreprise réfléchie et généralisée, totalisante pour le dire clairement, commence par faire disparaître le sens ou la portée des mots dans ce qu'ils ont de précis. Des mots « globalement » compris, « globalement » évocateurs, globalement « simples » ne serviront pas à la pensée à se projeter sur les objets qu'elle appréhende, à ciseler une réflexion dans ce qu'elle a de fin et probablement parfois d'instable ou évolutif, devant permettre de forger une conviction, une vision, une compréhension du monde. Comme tout est simple, nous parlons ainsi de l'Europe comme d'une entité que tout le monde comprendrait, comme d'une évidence commune.

Or à quoi correspond l'Europe dans cette pensée globale et imprécise ? L'Union européenne ? L'Europe des droits de l'homme ? L'Europe de l'économie ? L'Europe géographique ? L'Europe en crise ? La Tradition européenne ? Sans définir l'objet de notre pensée, que ces monologues politiques et médiatiques contribuent gravement à éloigner, nous pourrions presque croire et affirmer que l'Europe n'existe que depuis son institutionnalisation communautaire, c'est-à-dire juste après 1945. Avant ? Rien ! Des guerres, des rois, un Empire ou peut-être deux, la Grèce et Rome sans doute… ? Nous épaississons le trait à dessein. Mais il reste fort à parier que la confusion règne dans beaucoup d'esprits. L'Union a ainsi fini par absorber l'Europe, son histoire, son identité culturelle à un point tel que l'on est sans doute en train de perdre les traces de cette Europe entendue comme Civilisation traversée par ses propres cycles fondateurs, qui, sur un temps long, forment précisément son histoire.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

La situation du juriste dans tout cela n'est pas nécessairement enviable ou pour le moins aisée à définir. Que doit-il connaître, savoir, maîtriser ? Le droit de l'Union ou du Conseil de l'Europe assurément ! Ce droit, ces normes sont devenus si techniques et si indispensables dans notre monde régulé que le juriste est devenu le dépositaire sourcilleux et compétent de cet indispensable savoir. La tâche est immense. Pour autant, être juriste signifie-t-il faire l'économie de l'histoire de l'objet que l'on maîtrise dans sa normativité ? Nous sommes sur le point de le penser dans la mesure où les ouvrages consacrés aux Europe(s) ainsi que les enseignements disciplinaires semblent avoir fait sortir de notre mémoire collective ce passé continental des murs académiques qui sont les nôtres. Qui apprend encore l'histoire de l'Europe ? Les historiens et les politistes sans aucun doute. Les philosophes, peut-être. Même les grandes écoles ont renoncé.

Cette Union sans histoire, amnésique d'elle-même à cause de ceux qui la « norment » ou la pensent comme objet immédiat projeté dans un avenir imprévisible, devient incohérente ; et doublement. Non seulement certaines questions, certains sujets qui se posent à nous s'inscrivent dans un *continuum* que l'on a oublié ou dont on n'a jamais eu connaissance, mais en outre, ne pas penser l'Europe dans sa trajectoire historique, avec ses invariants, sa culture, sa géopolitique... ne contribue pas à concevoir l'Union européenne comme un projet, un objet politiquement spécifique dont l'ancrage historique constitue un marqueur identifiant fondamental. L'histoire de l'Europe est l'ADN de l'Union.

Dans cette optique, la « fabrique des élites (2) » reste sérieusement inquiétante dans notre pays. Nous pensons ici aux élèves de l'ENA. Leur formation initiale, très majoritairement suivie à l'IEP de Paris, ne comprend pas d'enseignements consacrés à cette histoire européenne ou du moins que très marginalement. La décision de supprimer l'épreuve écrite d'Union européenne pour intégrer l'École (à partir de 2015) au motif de l'européanisation des autres épreuves (notamment de droit public) est une très mauvaise nouvelle, en plus d'en dire long sur l'estime que porte l'ENA à l'Europe. Très mauvaise nouvelle, car l'Union n'a plus besoin d'être étudiée par les futures « élites » et politiques en tant que projet spécifique, produit historique, mais uniquement en tant que technique de gestion du marché. La France a-t-elle un projet pour l'Union ? Ces élites sont-elles en mesure de penser l'Europe pour l'avenir comme un projet ? Nous ne le pensons vraiment pas (3). Amnésiques d'abord, faute de transmission de ses fondements historiques pendant longtemps, ignorants ensuite de son passé, élites et politiques vivent cette Union comme un moyen, peut-être un choix, et non

(2) Voy. la revue *Charles*, n° 5, printemps 2013, « Sciences Po : la fabrique des élites », 162 p.

(3) P. Lamy, ancien collaborateur de J. Delors et ancien directeur général de l'O.M.C. – remplacé par le Brésilien R. Azevedo en septembre 2013 –, déclare ainsi : « J'ai été plus marqué par la génération précédente des dirigeants politiques que par l'actuelle. Des personnages comme H. Khol, R. Regan… ou F. Mitterrand avaient une très grande vision et beaucoup de *leadership* », *L'Événement Magazine*, février 2014, p. 56.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

comme un projet historique et de civilisation qui se poursuit ou du moins qui l'anime et pour lequel un « Grand dessein » doit constituer une ambition constante, sans cesse renouvelée et solidement arrimée.

Sur un plan méthodologique, le juriste non historien osera-t-il s'aventurer sur un terrain qui n'est pas le sien ? Sans doute pas ; mais il ne saurait se l'interdire pour autant. Cela dit, réintroduire les grandes narrations historiques pour servir la connaissance de notre matière juridique présente n'est pas suffisant. En effet, modestement, certaines sources, certains textes, dans leur « brutalité (4) », nous semblent accessibles à l'analyse critique du juriste, au commentaire. C'est en les (re)lisant que l'on (re)découvre ce que l'on a dénommé ces invariants, ces *continuums* qui nous permettent de comprendre plus finement l'Union dans son européanité. (Re)penser l'Union à l'aune d'une histoire de l'Europe a la vertu d'enrichir la connaissance de l'objet que le juriste travaille. Mais de quelle histoire parle-t-on (I) et de quelles sources le juriste peut-il tirer profit (II) ?

I. – Quelle histoire de l'Union européenne ?

Quelle histoire structure l'Union européenne ? Quel passé peut-on faire entrer dans la contemporanéité de l'Union européenne qui serait, mais est-ce le rôle de l'histoire, de nature à lui donner son – un – sens ? À ce stade de la réflexion se pose essentiellement une question de méthode relativement à l'objet « histoire » que le juriste peut difficilement éluder (A), tout comme le fait que l'histoire européenne doit être comprise comme étant constituée de fonds et d'arrière-fonds qui, se superposant, lui confèrent une épaisseur toute singulière par le jeu de ces superpositions de temporalités indissociables les unes des autres (B).

A. – L'histoire européenne en question(s)

La notion d'histoire fait l'objet de plusieurs acceptions dont on se contentera de définir les grandes lignes. Prétendre qu'elle est un objet incertain dès lors que plusieurs sens peuvent lui être attribués serait excessif à l'évidence. Ce qui, en revanche, relève d'une forme de certitude est que l'histoire reste fondamentalement humaine, subjective en soi, tant pour celui qui la produit – l'historien – que pour celui qui la reçoit. L'histoire reste ainsi un construit indiscutable, parfois trop humain, et non un objet qui serait extérieur à toute perception subjective.

L'Histoire avec un grand « H » désignerait ainsi la réalité historique elle-même dans une visée hégélienne (5). Elle serait un « moment spirituel total

(4) Au sens de matière brute, c'est-à-dire une matière non polie par le travail d'analyse historique, non résumée, non commentée. C'est sur ces textes ou récits que des commentaires féconds ou des analyses peuvent certainement être produits par les juristes à l'aune de ce qu'ils savent de l'Union.

(5) G. W. F. Hegel, 1770-1831, dont on rappellera qu'il était juriste.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

par lequel se réalise l'Idée ». Ce serait un mouvement pleinement rationnel, puisque la Raison – principe divin immanent aux choses – gouverne le monde...

Avec un petit « h », l'histoire renverrait plutôt à la relation véridique avec le passé humain et les « choses ». Elle renvoie ainsi au récit authentique dans sa totalité ou sous des aspects particuliers et dans des limites chronologiques conventionnellement définies. Selon Hérodote, dans la même veine, l'histoire comme discipline (6) ne peut pas être la mémoire de l'humanité, même si elle a pour finalité d'empêcher que le temps n'efface les actions humaines. D'où ce paradoxe d'ailleurs qui est que l'histoire ne naît que lorsque les acteurs qui l'ont faite sont morts et que les témoins ont disparu. Une rupture existe donc entre la mémoire collective et l'histoire prise comme discipline.

L'histoire entendue comme récit n'a pas échappé à la critique. Certes, il s'agirait d'un récit véridique prétendant rapporter ce qui s'est réellement produit dans un temps et un espace donnés. Cette histoire « historisante », « récitative » qui reconstruit formellement de manière impeccable des faits, des événements, en se fondant certes sur des pièces, des recherches, des documents (7)... reste doublement contestable. D'une part, elle est un (re)-construit rationnel et, partant, subjectif dans sa conception et sa formalisation (la structure du récit, le chronologisme (8)...) ; d'autre part, cette histoire narrative a servi à fonder les grands récits ou « romans nationaux » ; formes avancées des discours autojustificatoires de tout pouvoir politique. L'histoire utilisée comme instrument de domination idéologique est une constante bien connue de la vie des États.

Pour sortir de ces impasses, l'École méthodique d'un Gabriel Monod au XIX^{e} siècle ou encore l'École des Annales d'un Marc Bloch (9) à la fin des années 1920 redonneront à l'histoire une nouvelle forme et une nouvelle méthode. L'histoire, exposent-ils au fond, ne doit pas être une nécropole en plus d'être sans cesse interrogée et confrontée à d'autres données telles que la musique, la peinture, la politique, la philosophie... À ces remarques d'ordre général, une autre, appuyée sur une alternative de fond, doit être ajoutée. Elle concerne le point de savoir, très classiquement, si l'histoire est rationnelle ou absurde au sens philosophique des termes.

Nous sommes ici en présence d'un classique *pons asinorum* de la philosophie. Le sens de l'histoire, le *télos* d'Aristote (10), est la réalisation de la cause finale. Cette approche finaliste animera toute la pensée chrétienne médiévale, celle des Lumières pour qui le sens (la direction) de l'histoire

(6) On parle aussi d'histoire professionnelle. Hérodote (420 s. av. J.-C.), selon Cicéron, est « le père de l'histoire », le fondateur de l'histoire professionnelle.

(7) Étymologiquement, en grec, histoire signifie « enquête », « recherche »... Par extension, le résultat de cette enquête.

(8) Voy. *infra*, nos remarques.

(9) On citera également F. Braudel, G. Dubuy, J. Le Goff...

(10) *Éthique à Nicomaque*, 6-11, fragments.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

ne tient qu'en trois propositions exclusives (la décadence, le progrès, la régression) qu'E. Kant conceptualisera (11). Plus tard, le marxisme, par exemple, offrira une puissante vision de ce sens de l'histoire qui « subjectivera » de nombreux travaux, tant historiques que politiques et sociologiques. Dans la dernière période du XXe siècle, le discours sur la fin de l'histoire, sous-entendu du communisme (12), ou encore celui sur le choc des civilisations comme inévitable fin de l'histoire (13), constitueront une variété de pseudo-prophéties néomarxisantes qui feront d'ailleurs l'objet de virulentes critiques.

Sans verser dans un nietzschéisme « ultra », nous postulerons toutefois que cette conception rationaliste d'une histoire – de l'Europe – qui servirait une finalité peut être fortement discutée. En premier lieu, elle repose sur une idée fausse qui est celle selon laquelle l'historien serait en mesure de prévoir l'avenir et le sens de faits qu'il n'a pas vécus et qu'il reconstruit fragmentairement et, en tout état de cause et inévitablement, subjectivement. En second lieu, cette conception s'appuie sur une vision toute singulière de l'homme comme pris dans un mouvement, dans une destinée le dépassant, n'accordant par conséquent aucun crédit à son libre arbitre. Cette fois, c'est philosophiquement que la conception téléologique de l'histoire peut être combattue. Le contrechamp à cette conception est celui de l'absurdité, du hasard, de l'improvisation dans les choix que font les hommes ; acteurs et, bien malgré eux, faiseurs d'une histoire aveugle qui n'est qu'une succession de chaos ou d'improvisations réfléchies et trop souvent spontanées.

Le juriste, pour ce qui lui est donné à comprendre de l'histoire, devra nécessairement se confronter à ces interrogations disciplinaires. Il convient de prendre beaucoup de distances avec l'histoire historisante ou narrative ; qui est pourtant celle qui est souvent privilégiée. Utile sans conteste pour appréhender l'Europe et aujourd'hui l'Union, elle contient, en effet, et en elle-même ses propres limites et critiques comme nous l'avons évoqué. À cette première série de remarques, une seconde s'ajoute et qui concerne cette fois les dimensions ou profondeurs de champ de l'histoire européenne.

B. – Fond et arrière-fond de l'histoire européenne

L'appréhension de l'histoire européenne se fait d'abord dans un cadre chronologique général qui permet, conventionnellement, de situer ladite histoire sur une échelle de temps. Ce premier plan (ce fond) constitue un élément important de l'analyse, même s'il n'est pas exempt de nombreuses critiques. À ce premier plan, s'en ajoute un second (arrière-fond) qui repose sur une

(11) E. Kant, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, 1784. Ses trois propositions concernant le sens de l'histoire (sa finitude) sont le « terrorisme », « l'eudémonisme » et « l'abdéritisme ». Voy. également R. Aron, *Dimension de la conscience historique*, Plon, 1964.

(12) F. Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992.

(13) S. Huntington, *Le choc des civilisations*, Paris, Odile Jacob, 2007.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

autre chronologie et qui confère à notre histoire commune une dimension différente qu'il ne faut pas perdre de vue.

L'histoire est découpée conventionnellement en époques ou périodes bien connues, mais sur lesquelles il convient de s'interroger. Les périodes en question sont les suivantes : la préhistoire et l'histoire bien entendu ; cette dernière se subdivisant en quatre grandes époques.

L'Antiquité gréco-romaine tout d'abord, qui correspond à l'apparition de l'écriture (-3500 environ) et se termine à la fin du règne de Théodose Ier (395 (14)) pour certains historiens, ou le 4 septembre 476 avec l'abdication de Romulus Augustule, dernier empereur d'Occident (15), pour d'autres. Le Moyen Âge ensuite, dont le début varie selon que l'on retient telle ou telle date de terminaison de l'Antiquité et s'achève à la fin du XVe siècle ; soit lors de la prise de Constantinople par les Turcs en 1453 (16), soit au moment de la prise de Grenade le 2 janvier 1492 (17). L'époque moderne, dont le point de départ est fonction des remarques précédentes, s'achève à la Révolution française de 1789 (18). L'époque contemporaine, la dernière, commence à la Révolution et se poursuit de nos jours.

Rappelons que d'autres Écoles, notamment américaines, britanniques ou allemandes, estiment que l'histoire contemporaine est toujours relative au « présent ». C'est ainsi que l'époque moderne apparaît subdivisée en trois sous-périodes : l'époque moderne antérieure (1492 jusqu'à la chute de

(14) Celui-ci a été le dernier empereur romain à avoir régné sur l'Empire d'Orient et d'Occident pendant deux ans. L'Empire d'Orient a été fondé par Constantin le Grand à la suite de sa conversion au christianisme en 312 (adoption de l'édit de Milan en 313 qui met fin aux persécutions). Il procéda à une extension considérable de la colonie grecque de Byzance à partir de 324. Déjà, en 285, l'Empire romain fut divisé en deux, une première fois par l'empereur Dioclétien. La division définitive de l'Empire romain sera faite en 395 à la mort de Théodose Ier.

(15) On considère que cette abdication constitue le point de bascule entre l'Antiquité et le Moyen Âge, ainsi que l'apogée des invasions barbares commencées un siècle plus tôt.

(16) La chute de l'Empire romain d'Orient constitue un repère fondamental dans l'histoire de la civilisation européenne. On parlera aussi de l'Empire byzantin (Byzance fut une ancienne cité grecque, Thrace, qui sera refondée sous le nom de Constantinople en 330 et, à partir de 1453, prendra le nom d'Istanbul), mais que tardivement. C'est, en effet, l'historien allemand Jérôme (Hieronymus) Wolf qui, en 1557, procédera à cette appellation très occidentale. Selon lui, l'Empire romain d'Orient doit être considéré comme une histoire grecque, distincte de celle de l'Empire romain d'Occident appréhendé et revendiqué comme la « matrice de l'Europe occidentale ».

(17) Cette date est souvent disputée avec celle, moins certaine, de la « découverte » en 1492 de l'Amérique par Christophe Colomb. En effet, nous le verrons *infra*, la prise de Grenade marque la fin des guerres de Grenade commencées en 1482, mais surtout la fin de la présence musulmane comme entité politique en Espagne et le commencement de la réconciliation des rois catholiques d'Aragon et de Castille. La « question » catholique constitue, en effet, un de ces arrière-fonds de l'histoire européenne qui auront été décisifs dans le processus de construction identitaire de notre civilisation.

(18) 14 juillet ou 4 août 1789 ? Les juristes, sans doute à raison, estiment que l'effondrement de l'ordre monarchique qui se caractérise par l'abolition des privilèges dans la nuit du 4 août constitue la date clé de la Révolution. La DDHC adoptée une vingtaine de jours plus tard n'est, au fond, que la formalisation de cet effondrement, de cette substitution d'ordre. La question de la substitution de la nation, donc, de la démocratie, à la théocratie (autre forme de croyance... ni vraie ni fausse, selon la célèbre formule de L. Duguit) relève d'une autre démarche.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'Ancien régime en 1792 (19)) ; l'époque moderne postérieure (1792-1920 (20)) ; l'époque moderne postérieure (1920-2015...). L'histoire contemporaine serait ainsi celle qui relève de la mémoire des hommes vivants.

Le chronologisme pose la question de savoir si l'histoire relatée sur une échelle de temps ne constitue pas une vision subjective et reconstruite des faits, difficilement détachable au passage, voire incarnant une conception toute téléologique de ladite histoire.

La réponse est doublement affirmative. D'une part, le temps procède d'une démarche rationnelle consistant à situer, dater des faits humains afin de mieux les donner à penser. Or cette situation ou datation est un construit, une reconstruction *a posteriori* d'événements perçus et (sur)interprétés, qui est à la fois incertain et subjectif (point de vue de l'historien). D'autre part, de manière plus profonde encore, osons parler « d'atavisme culturel », le chronologisme historique a beaucoup à voir avec l'évolutionnisme, le progressisme. Autrement dit, toute une conception de l'histoire est fondée sur cette croyance qu'elle tendrait vers un progrès, qu'elle serait inhérente à l'évolution de l'humanité. Si, selon le dicton populaire, « avant c'était mieux », pour l'historien, « maintenant est sans doute mieux ». Aussi, penser l'histoire de l'Europe comme une succession de faits dont on pourrait trouver une cohérence, révéler une évolution qui aurait un « Sens », procède d'une démarche sans doute habituelle – classique –, mais contre laquelle il convient probablement de prendre certaines distances, comme ce sera exposé plus loin.

À ce fond temporel, séquencé en époques ou périodes servant de fondement solide à une lecture évolutionniste – et pédagogique – d'une histoire de l'Europe, il convient de souligner que cette histoire doit se percevoir sur plusieurs plans formant ainsi son épaisseur. Ces plans ou arrière-fonds sont évidemment multiples. Cependant, deux peuvent être rappelés ici comme constituant des éléments consubstantiels de cette histoire commune, mais qui présentent la particularité d'être désynchronisés du découpage évoqué plus haut.

Le premier arrière-fond est incontestablement celui constitué par l'histoire même de la religion chrétienne qui, si elle fonde la culture de l'Europe au Moyen Âge, commencera à se constituer comme ordre moral et politique à la fin de l'Antiquité (édit de Milan de 313). L'humanisme païen de l'Antiquité ne sera que progressivement surpassé grâce (ou à cause) de Rome qui jouera ici un rôle décisif dans la diffusion de ce que l'on dénomme la Tradition européenne, pour, ensuite, être redécouvert durant le siècle des Lumières sous d'autres formes ; car enrichis de près de mille ans de chrétienté (21). Les peuples européens, les cultures des nations du continent

(19) La proclamation de la Ire République fait ainsi date historique transitoire.
(20) Entrée en vigueur du Traité de Versailles.
(21) La crise pontificale qui touche le catholicisme durant la guerre de Cent Ans va diviser pendant quarante ans la chrétienté catholique en deux obédiences (1378-1417). Le conflit qui opposa la France de Philippe le Bel et du pape Boniface VIII qui cherchent à affirmer la

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

ont tous connu sans exception ces grandes mutations de la pensée et de la conception philosophique de l'homme : paganisme antique, christianisme, humanisme rationaliste, scientisme, marxisme... Notre culture commune est là. L'Homme européen est fait de foi et de raison, de passions spirituelles et humaines. Le produit de la Tradition européenne n'est rien d'autre que cet alliage éthico-spirituel que chacun vit au plus profond de lui, tout en décidant librement quelle part il accordera à telle ou telle dimension de son héritage.

Le second arrière-fond qu'il convient de conserver en tête est celui constitué par l'histoire des empires européens, de leurs successions et de leur incapacité à jouer un rôle politique pacificateur et véritablement unificateur. Ces empires vont, en effet, donner naissance à l'État-nation dans la mesure où ils ne pourront contenir ces forces centrifuges à la fois centralisatrices et belliqueuses (notamment en France). Surtout, ils seront les rivaux d'une papauté intrusive politiquement. L'histoire de ces empires est là aussi désynchronisée en ce sens qu'ils traversent les grandes périodes historiques : Empire romain avec ses onze dynasties et cent quarante-quatre empereurs (22) (-27 à 476) ; Empire byzantin avec ses vingt-deux dynasties et quatre-vingt-huit empereurs ; l'Empire carolingien d'Occident fondé par Pépin le Bref, père de Charlemagne sacré en 800, mais qui se devisa lors des guerres de succession entre ses trois fils en 843 (23) (traité de Verdun) et 855 (traité de Prüm), donnant notamment naissance au Saint Empire romain germanique à l'Ouest (24) (962-1806) ; l'Empire Ottoman (1299-1923) démembré par le traité de Sèvres de 1920 ; l'Empire d'Autriche-Hongrie (1867-1918)…

L'Union européenne, produit de cette histoire européenne, mais qui n'en est qu'un aspect, doit être mise en perspective avec ce substrat historique et, nous le verrons, certains de ses *continuums* qui nous donnent à la comprendre de manière plus substantielle. Mais de quelle histoire européenne de l'Union devons-nous parler ?

---

primauté absolue de leur pouvoir illustre à la fois l'incapacité de l'Église à faire face aux mutations économiques et culturelles qui s'opèrent durant cette période et, surtout, à faire face à la naissance des États modernes qui veulent se soustraire de la puissance papale. Ces tensions et conflits aboutissent, dans un premier temps, à l'installation de la papauté à Avignon, puis, en 1378, au Grand Schisme d'Occident. Le Schisme de 1054, que l'on dénomme aussi Grand Schisme d'Orient, constitue une rupture fondatrice entre l'Église de Rome (catholique) et celle de Constantinople (orthodoxe).

(22) Il succède à la monarchie romaine (les sept rois de Rome de -753 à 509) et surtout à la République de Rome (-509 à -27).

(23) L'empire de Charlemagne sera divisé en trois : le Royaume de France ou *Francia occidentali* (Charles le Chauve) ; le Royaume de *Lotharingie* (Lothaire Ier) et la *Francia orientali* (Louis le Germain).

(24) En 843, c'est Louis le Germain qui héritera de la *Francia orientali*. Rappelons que Charles Quint (Charles de Habsbourg – 1500-1558) est considéré comme le dernier empereur germanique à poursuivre l'œuvre carolingienne fondée sur une ambition d'unité chrétienne face à la poussée d'un Islam conquérant et dévastateur dans les Balkans et en Méditerranée. Mais les oppositions françaises (François Ier et Henri II), ainsi que la rupture religieuse provoquée par les Réformes de 1517, eurent raison de celui qui fut le monarque le plus puissant d'Europe et l'héritier de cinq dynasties.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

II. – Quelle histoire européenne de l'Union ?

L'Union européenne comme objet historique est une évidence. Mais se pose la question du récit même de cette histoire qui n'est jamais neutre dans ses modes représentatifs. Finalement, détacher l'étude de l'Union européenne de son socle historique évite au juriste, qui ne devrait s'intéresser qu'aux normes, de « prendre parti ». Mais, s'il décide d'ancrer l'Union dans l'histoire européenne, se posera alors inévitablement la question des sources (A) et de leur exploitation (B). Travail d'historien, penserons-nous ? Sans doute pas, dans la mesure où le juriste a cette aptitude à maîtriser l'art de l'interprétation.

A. – Sources européennes interprétables

Les ouvrages consacrés à la construction européenne écrits des années 1950 à la fin des années 1980 se caractérisent souvent par une partie introductive relatant l'histoire de l'Europe. Sans prétendre à l'exclusivité, on peut répertorier trois grandes catégories de récits avec, pour chacun d'eux, ce point commun qui est l'an 1945 entendu comme année charnière et pour tout dire absolument décisive dans la constitution même du récit historique communautaire. Il y a donc un avant 1945 et un après qui, ici, a une réelle portée constitutive et bien entendu symbolique tout en même temps, que ce soit sur le plan juridique ou politique. C'est à partir de cette date charnière que s'est ainsi construite toute la pensée historique européenne contemporaine.

Partant, première catégorie narrative, de nombreux auteurs s'attachent à traiter l'histoire de l'Europe sous l'angle des tentatives échouées de constitution de son unité politique ; du Moyen Âge jusqu'aux premières formes organisées du Concert européen. Cette approche, que l'on retrouve chez P. Gerbet ou R. Pinto par exemple (25), s'appuie sur les textes et les projets bien connus des Sully, Émeric Crucé, Kant, Aristide Briand... La deuxième catégorie narrative que l'on peut recenser est davantage juridicisée. Elle se fonde, en effet, sur la même rupture historique de 1945, mais en l'abordant sous l'angle de l'idée d'union, voire d'union fédérale. Les sources sont très souvent les mêmes, mais leur analyse est davantage orientée comme nous le montre notamment L. de Sainte-Lorette, dans un petit ouvrage oublié, et surtout P. Reuter, même si ce dernier s'attache à l'après 1945. Le dernier axe narratif retenu par quelques auteurs tels que D. de Rougemont ou encore L. Cartou, le premier juriste à avoir mis en perspective les Communautés européennes (et l'Union) et l'histoire de l'Europe, consiste à rappeler les origines antiques, chrétiennes, humanistes... du continent.

Le grand soin que prennent ces auteurs à situer les institutions de 1945 dans cette longue Tradition européenne qui plonge ses racines dans le paganisme antique et surtout le christianisme romano-médiéval (26) offre un

(25) P. Gerbet, *La construction de l'Europe*, Imprimerie nationale, 2007. Voy. la synthèse de J.-C. Masclet, *L'Union politique de l'Europe*, 9e éd., coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 2001.

(26) Louis Cartou s'est surtout appuyé sur les travaux de B. Voyenne, *Histoire de l'idée européenne*, Lausanne, Payot, 1964, et de D. de Rougemont qui ont cette particularité commune

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

grille de lecture et de compréhension de notre histoire civilisationnelle commune décisive. C'est d'ailleurs cette dimension-là qui s'est perdue à notre sens, au point de réduire l'Europe à l'Union, la culture de notre continent de civilisation à des débats sans fin sur la gouvernance, l'euro, l'économie (27)...

La question des sources est, pour ce qui nous concerne, très problématique. Les historiens, y compris du droit, sont accoutumés à cette interrogation et disposent des outils méthodologiques pour y répondre. Le juriste normativiste devra probablement se contenter de (re)lire certaines sources plutôt que de se les procurer à proprement parler. Dans cette perspective doit être ici fait mention d'un ouvrage particulièrement utile, pour ne pas dire indispensable pour notre sujet, qui est une anthologie critique et commentée de « vingt-huit siècles d'histoire et de philosophie européenne », rassemblée par Y. Hersant et F. Durand-Bogaert (28). Indispensable, en effet, pour deux raisons.

La première est que cette anthologie est thématisée autour de sept axes regroupant près d'une centaine d'auteurs, en plus d'être enrichie par des cartes, une bibliographie très importante et un index détaillé (29). La seconde est que certains textes sont reproduits *in extenso* offrant ainsi une lecture qui n'est plus fragmentée des grands penseurs de l'Europe dont on ne retient souvent que quelques citations « hors-sol ».

Ainsi, dans une première partie intitulée *Repères*, l'héritage antique, l'Europe médiévale, l'âge humaniste, le temps des Lumières, la période romantique et nationaliste et le XX^{e} siècle sont passés en revue par une quarantaine d'auteurs tels que Moschos, Hérodote, Aristote, Latini, Sully, Rousseau, Hugo, Sartre, Churchill…, nous donnant ainsi à penser l'Europe dans sa dimension historique et plurinarrative. Dans une deuxième partie intitulée *Histoires*, les auteurs de cette anthologie se sont attachés à reprendre, parfois intégralement, des cours ou des réflexions (30) sur l'histoire de l'idée européenne. À ce sujet, le cours professé durant la Seconde Guerre mondiale par l'Italien Federico Chabod constitue un travail, à notre sens, inégalé

d'avoir su mettre l'accent sur la dimension chrétienne de l'Europe. On se référera également à P.-H. Teitgen, « Les étapes de l'idée européenne », *EDCE*, 1963, pp. 13 et s.

(27) Le dernier Rapport d'information du Sénat, n° 407, du 26 février 2014 fait au nom de la Commission des Affaires européennes sur les perspectives de l'Union européenne par P. Bernard-Reymond est à la fois sidérant de « désancrage » historique (on se demande d'ailleurs à quoi renvoie, dans l'esprit de l'auteur, la référence presque obligée à la notion de « projet de civilisation » lorsqu'est évoquée l'Union) et affligeant de banalité dans les propositions de « relance » de l'Union européenne post-Lisbonne. La perte d'influence de la France se situe à la jonction d'une incapacité techn(ocrat)ique à occuper des places fortes dans les institutions et une incapacité caractérisée à repenser l'Union. P.-Y. Monjal, « L'influence de la France dans l'Union européenne : remarques sur l'incapacité structurelle française à penser l'autolimitation des souverainetés post-nationales », *RUE*, à paraître.

(28) *Europes*, coll. Bouquins, Paris, Robert Laffont, 2000.

(29) Une chronologie détaillée (IX^{e} av. J.-C.-1999) accompagne l'ouvrage ainsi que des notices bibliographiques de plus de soixante noms.

(30) Not. celle de F. Braudel, « Les civilisations européennes », 1963, in *Europes*, *op. cit.*, pp. 358-369, et celle de B. Voyenne, « Du printemps des peuples au printemps de l'Union », *op. cit.*, pp. 313-358.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

par sa concision et son érudition (31). La troisième partie est consacrée à une série de *Méditations* essentiellement philosophiques (32). La quatrième partie est consacrée à des *Fictions* (récits fictionnels) dont le propos est évidemment l'Europe (33). La cinquième partie est réservée à des *Témoignages* (34) et la sixième (35), sous la forme de *Mélanges*, regroupe des auteurs aux parcours disciplinaires divers qui ont traité de thèmes aussi variés que *Babel, la citoyenneté, la démocratie, les langues, la Nation, le pouvoir fédératif*…

La partie la plus « réjouissante » est sans doute la dernière – *Fusées* – qui, regroupant une cinquantaine de citations d'auteurs très divers (36), ne peut laisser insensible pour certaines car étonnantes d'actualité. Comment résister, par exemple, à ce qu'écrit Érasme en 1515 (37) : « L'Anglais est l'ennemi du Français uniquement parce qu'il est français, le Breton hait l'Écossais simplement parce qu'il est écossais, l'Allemand est à couteaux tirés avec le Français […]. Ô perversité des hommes, la diversité superficielle des noms de leur pays suffit à elle seule à les diviser ! Pourquoi ne se réconcilient-ils pas plutôt sur toutes ces valeurs qu'ils partagent ensemble ? » Pour Mirabeau, le 26 août 1789, « [l]e temps viendra où l'Europe ne sera qu'une seule famille, alors consommera le pacte de fédération du genre humain ». « Quiconque veut écrire l'histoire de quelques-uns des grands États de l'Europe pendant les deux derniers siècles est obligé d'écrire l'histoire de l'Europe tout entière », selon W. Robertson en 1769 (38). Pour B. Constant (39), « la variété, c'est de l'organisation ; l'uniformité, c'est du mécanisme. La variété, c'est la vie ; l'uniformité, c'est la mort ».

Cette anthologie constitue actuellement l'ouvrage le plus riche et le plus documenté par ses sources et ses références sur l'histoire de l'Europe. Il donne à penser l'Europe dans un temps long et sous de multiples facettes. C'est sans conteste dans ces sources et ces textes que le juriste pourra étoffer son savoir et probablement découvrir que l'Union européenne peut aussi se comprendre dans ce qu'elle est, dans ce qu'elle décide et met en œuvre au regard de cet « ADN » constituant qu'est l'histoire de l'Europe. Mais encore faut-il interpréter ces sources.

(31) *Europes*, *op. cit.*, pp. 209-313.
(32) Not. celles de F. Nietzche, E. Husserl, J. Derrida…, *Europes*, *op. cit.*, pp. 395-539.
(33) Montesquieu l'Européen est redécouvert par ses lettres persanes. A. Tatius (IIe apr. J.-C.) narre les aventures de *Leucippé et Clitophon* qui commencent par l'enlèvement d'Europe, H. Hess et Th. Mann évoquent l'Europe de 1917 et 1924, *op. cit.*, pp. 541-622.
(34) Not. de G. Casanova, E. Burke, St. Sweig…, *Europes*, *op. cit.*, pp. 623-735.
(35) *Europes*, *op. cit.*, pp. 737-925.
(36) Héraclite, Érasme, É. Crucé, Napoléon Ier, F. Hegel, E. Morin…, *Europes*, *op. cit.*, pp. 929-937.
(37) *La complainte de la paix*, coll. Bouquins, Paris, Robert Laffont, 1992.
(38) *Histoire du règne de l'Empereur Charles Quint*, préface, 1769, in *Europes*, *op. cit.*, p. 930.
(39) B. Constant, « De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne », 1814, in *Europes*, *op. cit.*, p. 931.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

B. – Interprétation européenne des sources

Par interprétation européenne des sources, il faut comprendre ici relecture des grands récits des auteurs précités au regard de notre expérience de la construction européenne depuis plus de soixante ans. Cette approche peut faire l'objet d'une critique sévère, voire rédhibitoire, qui, pour l'historien, consistera à défendre qu'il faut se garder d'une relecture *a posteriori*, postchronologique – donc, anachronique – des textes anciens. En clair, il ne s'agit pas de refaire l'histoire avec notre savoir actuel, repenser les écrits des penseurs avec nos références culturelles et disciplinaires contemporaines.

Si cet argument est recevable dans une démarche techniquement ou méthodologiquement historique, il l'est moins pour un juriste qui, doit-on le rappeler, est rompu à l'art de l'interprétation. Les textes, pas seulement juridiques d'ailleurs, par nature sont interprétables ou réinterprétables. Laisser ce travail aux seuls historiens serait de toute évidence inadmissible sur le plan académique, pour ne pas dire asséchant pour notre sujet. Par ailleurs, et c'est un point sur lequel les européanistes doivent pouvoir argumenter solidement, les juristes maîtrisent l'objet « Union européenne » dans ses trois composantes (institutionnelle, matérielle et contentieuse) et sa trajectoire historique récente (post-1945). Ils sont sans doute les seuls, avec certains politistes, à pouvoir se livrer à une telle interprétation des sources que l'on a présentées. Or ce travail de relecture, de mise en perspective est primordial.

D'une part, et c'est frappant, aucun des sujets actuels qui travaillent l'Union européenne n'est de quelque manière que ce soit « neuf », nouveau, original, spécifique. Les limites géographiques de l'Union, son identité (religieuse notamment), la question de l'adhésion de la Turquie, la place du Royaume-Uni, la puissance de l'Allemagne, la libre circulation des personnes (notamment des artistes et des compagnons-travailleurs), le commerce et le développement économique, la forme politique et démocratique de l'Europe, le projet de défense européenne, le projet de monnaie unique, le poids de l'Asie (Chine et Inde)… sont autant de sujets battus et rebattus depuis l'Antiquité. Le format de cette contribution ne permet pas d'illustrer en détail ces assertions par citations. Aussi, suffira-t-il au lecteur de se plonger dans l'ouvrage précité pour qu'il procède à ces (re)découvertes.

D'autre part, au regard de ce qui précède, la notion de *continuum* historique nous paraît fondamentale. La rupture que l'on opère à partir de 1945 peut ainsi être remise en cause. La pensée européenne, car c'est de cela qu'il est question d'abord, n'est pas apparue en 1945 comme on le sait d'ailleurs. Ce qui est décisif en 1945 (1949-1950 pour les Européens), c'est la mise en forme juridique du projet politique de s'unir pour bâtir la paix. Tout au plus peut-on parler de révolution juridique, ce dont nous avons la conviction, mais sans doute pas de révolution de la pensée européenne elle-même.

Penser l'Union, la construction européenne sans l'inscrire dans ce temps long de l'histoire civilisationnelle continentale commune revient à prendre le risque d'amputer cette pensée de sa conscience d'elle-même et surtout de

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

sa mémoire. L'Europe ne s'invente pas ni même ne se réinvente. Elle est un donné, un ensemble de faits humains et politiques qui se cherchent depuis l'Antiquité, une mise en ordre concertée qui est parvenue à maturité dans les années 1950. Mais, à cette date, rien ne commence, hormis les ordres juridiques que l'on sait. Les Communautés ou l'Union ne sont que l'écume – précieuse et remarquable évidemment – d'une histoire, d'une pensée qui, en réalité, se poursuit.

Comprendre l'Union comme produit d'une culture, d'une œuvre civilisationnelle est sans doute un pari important que les juristes doivent remporter. Cet ancrage historique de l'Union européenne dans ce qu'il a de fécond se dilue de nos jours jusqu'à la perte et, donc, sa disparition. Le dernier rapport du Sénat évoqué plus haut est très significatif de cette approche de l'Union « deshistorisée ». Le terme histoire n'apparaît en effet que huit fois dans le corps du texte et ne concerne que la période post-45. La question que l'on se pose – de notre point de vue légitimement – est celle de savoir si notre classe politique et ses conseillers – en l'espèce, les attachés parlementaires – sont en capacité de comprendre l'Union autrement que dans sa dimension juridico-économico-technique et surtout de la penser en termes de « projet de civilisation » autrement que sous une forme incantatoire tout à fait vide de sens comme dans le rapport précité.

L'une des matrices conceptuelle, quasi spirituelle, de l'Union figure dans deux textes fondamentaux que l'on connaît bien et qui présentent la particularité de se référer à cette histoire commune. Le premier, dont la relecture est un exercice salutaire, est celui très célèbre de W. Churchill prononcé à Zurich le 19 septembre 1946. Dans ce texte, la manière de penser l'Europe organisée dans sa trajectoire historique est saisissante en plus de constituer la justification à tout projet futur dont la finalité, en définitive, indépendamment des modalités politiques, et de permettre de renouer avec cet héritage précieux dilapidé de manière indigne durant le second conflit mondial. Le second grand discours, moins connu celui-là, est celui prononcé par K. Adenauer le 14 avril 1946. En clamant qu'« il a eu honte d'être Allemand », le célèbre Chancelier, se référant, lui aussi, à notre histoire commune, notre civilisation, nous donne à comprendre que l'Europe est pour l'Allemagne loin d'être un choix, mais sans doute bien son destin. Mise en perspective, la Déclaration Schuman, remarquable de clarté et de concision, apparaît étonnement technique, désincarnée, tournée sans conteste vers un avenir organisé du continent, mais dépourvue de toute dimension culturelle, civilisationnelle, historique…

L'évolution de notre matière qu'est le droit de l'Union européenne impose, et il convient d'être réaliste sur ce point, de faire des choix qui sont étonnamment paradoxaux. En effet, la connaissance juridique de l'objet « Union européenne » n'a cessé d'augmenter au fil des deux dernières décennies dans tous les compartiments de « ses » droits. Dans le même temps, un véritable appauvrissement de la connaissance historique de l'Union – dans le temps long de l'histoire de l'Europe – est constatable. Point question de faire

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

procès et d'imaginer que les juristes, par eux-mêmes, auraient délaissé cet aspect des choses.

Ce qui est plus certain, en revanche, c'est le désintérêt académique et livresque pour ces questions au détriment des étudiants, de cette jeune génération d'Européens ; tant en leur qualité de citoyens que d'acteurs institutionnels de l'Union le cas échéant. La matrice historique de l'Union est profondément remise en cause par quatre séries de facteurs : la surfocalisation de la dimension économique de l'Union qui l'enferme ainsi dans un cadre idéologique bien trop restreint ; une mondialisation mal assumée en France notamment, mais qui n'est pourtant que la répétition – historique, là encore – de phénomènes commerciaux mondiaux anciens et bien connus (40) ; une remise en cause du multilatéralisme européen qui oblige à ne penser l'Europe dans le monde qu'en termes d'échanges commerciaux (41) ; un assèchement culturel affligeant de la classe politique française et d'une très grande partie de nos médias intellectuellement endogames et, en conséquence, fermés sur l'ensemble de ces problématiques européennes.

Conclure ces quelques remarques sera un exercice difficile.

Tentons tout de même de situer ces rapides réflexions dans la problématique à laquelle elles se rattachent dans ces *Mélanges* en pariant sur la validité d'une hypothèse que nous ferons nôtre et qui est celle de l'évolutionnisme historique de l'Union. Cette dernière, cela a été écrit plus haut et l'ensemble des articles rassemblés ici le démontre à suffisance, est un objet à la complexité et la diversité juridique indéniables. Mais doit-on pour autant juridiciser l'Union à un extrême tel qu'elle deviendrait imperméable à toute considération d'ordre historique comme ici ? D'un strict point de vue académique, disciplinaire et normativiste, nous défendrons sans hésiter et à toute force à titre personnel une telle orientation. Dans le même temps, le sacrifice de cette histoire continentale commune est tel qu'il nous laisse penser qu'il y a des risques objectifs à une telle approche solipsiste du droit ; et notamment du droit institutionnel de l'Union et du droit de ses relations externes (*lato sensu*). Les risques de l'oubli d'une culture fondatrice, le risque d'une incapacité de comprendre les logiques étatiques au sein de l'Union, le risque – surtout – de voir notre objet d'étude préempté par des disciplines bien peu respectueuses de la règle juridique, tout en ayant pignon sur les grandes avenues médiatiques et politiques, doivent probablement nous alerter. Le juriste de l'Union doit ainsi prendre conscience de son européanité ; européanité qui ne peut se définir que dans la conscience et la connaissance de notre histoire commune.

(40) La place de l'Asie (Inde et Chine) est estimée pour 2050 à hauteur de 60 % du commerce mondial. Cela a été notamment sa place durant une très longue période du Moyen Âge.

(41) Z. Laïdi, *Le reflux de l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013, not. pp. 47 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
L'histoire européenne dans l'enseignement juridique de l'Union
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

LE PROJET DE PARTENARIAT TRANSATLANTIQUE DE COMMERCE ET D'INVESTISSEMENT (TTIP) ENTRE L'UNION EUROPÉENNE ET LES ÉTATS-UNIS : UNE NOUVELLE BATAILLE POUR DAVANTAGE DE LIBRE-ÉCHANGE ?

Yves PETIT

Professeur à l'Université de Lorraine
Faculté de droit de Nancy, IRENEE, EA 7303

La cinquième partie « Les relations extérieures » du manuel de Louis Dubouis et Claude Blumann portant sur le *Droit matériel de l'Union européenne* apporte au lecteur des informations précieuses sur l'« étendue du "droit matériel externe" » et la « complexité des relations euro-américaines » (1). Afin de saluer l'immense œuvre doctrinale et de rendre un hommage amical au doyen Claude Blumann, l'objet de cette contribution est d'illustrer un mouvement en cours dans l'Union européenne en matière de relations extérieures, le développement du libre-échange. Il sera analysé à travers le projet de TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Partenariat transatlantique pour le commerce et l'investissement). En effet, les négociations relatives à ce projet hors du commun ont débuté en juillet 2013 et bien malin qui peut dire quelle sera la durée nécessaire à sa conclusion en dépit d'une volonté de conclure le plus rapidement possible (2), tant les enjeux et les aléas sont nombreux. Ce qui est certain est que l'on va assister – et le spectacle a déjà commencé – à une « énorme bataille de géo-économie mondiale » (3) ou, mieux, à « la grande bataille du libre-échange avec l'Amérique du Nord » (4). Bien que les États-Unis ne puissent vraisemblablement plus être considérés comme une « hyperpuissance », le résultat de cette négociation sera certainement capital pour l'Union européenne dans un monde « apolaire ».

L'idée d'un grand marché transatlantique n'est, en réalité, pas nouvelle, car elle est abordée au plus haut niveau des deux rives de l'Atlantique depuis plus de cinquante ans. Les dirigeants de quatorze États membres de l'OTAN ont signé, le 12 novembre 1962, une « Déclaration de Paris », également dénommée « Appel à l'unité transatlantique », qui avait pour objectif

(1) L. Dubouis et Cl. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6e éd., Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, pp. 702 et 728.

(2) Une durée de deux ans est fréquemment avancée pour mener à terme les négociations. Ce délai paraît (très) difficile à tenir.

(3) H. Védrine, « Négocier avec fermeté et vigilance », *Le Débat*, 2014/1, no 178, p. 14.

(4) J. Bové, *Hold-up à Bruxelles. Les lobbies au cœur de l'Europe*, Paris, La Découverte, 2014, pp. 193-212.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

« un partenariat commercial entre la Communauté économique européenne et l'Amérique du Nord… ouvert à toutes les autres nations du monde libre » (5). C'est sans doute ce qui conduit à qualifier le projet de « méga-accord » entre l'Union européenne et les États-Unis « d'OTAN économique » (6). En dépit de l'insistance de certains ambassadeurs américains, comme Félix Rohatyn, à clamer que l'intérêt des Européens résidait dans un grand marché transatlantique, la France s'est opposée à la fin des années 1990 au projet de nouveau marché transatlantique (7) de l'ancien commissaire Sir Leon Brittan, en raison d'un risque d'inféodation de la Communauté aux États-Unis.

En juillet 2013, lors de l'ouverture des négociations, la tiédeur et les réserves ont disparu et laissé place à une nécessité d'aboutir qui s'impose presque d'elle-même, en raison du gigantisme des enjeux. Quelques chiffres le prouvent aisément : l'Union européenne et les États-Unis représentent ensemble près de la moitié du PIB mondial et environ 30 % des échanges mondiaux ; en 2011, l'Union européenne était le premier partenaire commercial des États-Unis, et les États-Unis le deuxième partenaire commercial de l'Union européenne (8). Indéniablement, l'UE pèse trop peu face aux pays émergents pour ne pas resserrer ses liens économiques et commerciaux avec les États-Unis. Elle a, par conséquent, entamé la négociation du « plus grand accord commercial bilatéral jamais négocié » et l'on peut légitimement s'interroger sur « les vrais enjeux d'un projet démesuré » (9). Bien que l'Union négocie actuellement une dizaine d'accords de libre-échange avec plusieurs pays ou région (Inde, Japon, Singapour, Malaisie, ANASE, Mercosur notamment) et ait conclu quelque soixante accords commerciaux, elle discute pour la première fois avec un partenaire de même taille et de même niveau de développement. De surcroît, il ne s'agit pas que l'Union « exporte » son modèle, et inversement (10). Elle vient de conclure en octobre 2013 avec le Canada un accord de libre-échange, mais les partenaires étaient très inégaux : le PIB du Canada représentait près de 2 % du PIB mondial en 2012, contre 23,2 % pour l'Union européenne et 21,8 % pour les États-Unis. De plus, malgré le secret qui l'entoure, aucune négociation relative à un accord commercial bilatéral n'a concentré autant l'attention que celle-ci, et il s'avère que l'Union européenne conclut davantage d'accords de

(5) J. Gadrey, « Grand marché transatlantique : un contexte tendu », *Cahiers français*, n° 378, janvier-février 2014, p. 71.

(6) *Bulletin de l'Agence Europe*, 26 avril 2013, p. 3.

(7) Commission, « Le nouveau marché transatlantique », *COM* (1998) 125 final, 11 mars 1998 ; voy. Y. Petit, « Vers un marché transatlantique ? », *Europe*, mai 1998, chron. 4, pp. 4-6.

(8) Voy. compte rendu de la Commission des Affaires européennes du Sénat, 15 mai 2013, disponible sur : http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20130513/europ.html ; pour un ensemble de données chiffrées, voy. Eurostat, « Sommet UE – États-Unis », STAT/14/47, 24 mars 2014.

(9) X. Bertrand, « Les vrais enjeux d'un projet démesuré », *Le Débat*, 2014/1, pp. 16-17.

(10) K. De Gucht, « Enjeux et défis du partenariat transatlantique », *J.D.E.*, n° 202, octobre 2013, éditorial.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

libre-échange que les États-Unis, qui ont été moins actifs sous la présidence Obama.

La spécificité de l'accord transatlantique en projet en fait certes un atout pour l'Union européenne et son devenir, mais, « au stade actuel, la négociation du TTIP s'apparente à la pièce de théâtre de Pirandello, *Six personnages en quête d'auteur*, dont le scénario n'est pas encore écrit. C'est aux acteurs d'écrire l'histoire qui les a mis en scène » (11). Ce qui est certain pour le moment est qu'à la lecture du mandat large octroyé à la Commission européenne (12), la conclusion d'un accord transatlantique va se traduire à l'évidence par une extension du libre-échange (I), l'étendue du partenariat en cours de négociation n'étant pas sans danger pour la construction européenne (II).

I. – Le principe du partenariat transatlantique et l'extension du libre-échange

En tant que principe fondateur de la CEE, le libre-échange est sur le plan commercial en quelque sorte le pendant du principe de libre concurrence à l'intérieur de l'Union européenne. L'article 21-1 TUE précise à ce sujet que l'Union doit s'efforcer de favoriser dans son action sur la scène internationale « des solutions multilatérales aux problèmes communs, en particulier dans le cadre des Nations unies ». De fait, l'Union européenne a, dans un premier temps, choisi de « donner avant tout la priorité aux engagements qu'elle a souscrits dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.), du système des échanges multilatéraux et du programme de Doha pour le développement » (13). En 2006, elle a cependant opéré un « changement d'attitude » et « envisagé la possibilité que l'O.M.C. tombe dans une impasse totale » (14). Partant, elle s'est engagée dans la conclusion d'accords de libre-échange bilatéraux et régionaux. Mais, comme la Commission le précise, « pour avoir un effet positif, les ALE (accords de libre-échange) doivent couvrir un large domaine, prévoir la libéralisation de presque tous les échanges et aller plus loin que les disciplines de l'O.M.C. » (15). Sa priorité est donc que la négociation relative au TTIP débouche sur un accord

(11) E. Fabry, « TTIP : une négociation à la Pirandello », synthèse, 23 janvier 2014, *Notre Europe*, p. 2.

(12) Le mandat, qui ne devait pas être rendu public, est, en réalité, disponible sur Internet. On peut, p. ex., le consulter en annexe à l'article de B. de Largentaye, « Enjeux et perspectives d'une zone de libre-échange transatlantique », *Policy Paper*, 99, octobre 2013, *Notre Europe*, pp. 20-29.

(13) Commission, « L'Europe dans le monde : un partenariat renforcé pour assurer aux exportateurs européens un meilleur accès aux marchés extérieurs », *COM*(2007) 183 final, 18 avril 2007, p. 2.

(14) J. Wouters, « L'Union européenne et l'Organisation mondiale du commerce : concurrents ou partenaires ? », *Annuaire de droit européen 2011*, 2013, pp. 124-125.

(15) Commission, « Une Europe compétitive dans une économie mondialisée. Une contribution à la stratégie européenne pour la croissance et l'emploi », *COM*(2006) 567 final, 4 octobre 2006, p. 10.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

global (A), mais il faudra cependant prendre garde aux effets de ce renforcement annoncé du libre-échange (B).

A. – La négociation d'un accord global : libre-échange tous azimuts ?

Exposant les caractéristiques des ALE qu'elle entend négocier, la Commission a affirmé tout d'abord que les critères économiques essentiels de choix des partenaires devaient « être le potentiel des marchés (taille et croissance économique) et le niveau des mesures de protection ciblant les exportations de l'Union européenne (tarifs douaniers et barrières non tarifaires) ». De plus, « en termes de contenu, il conviendrait que les nouveaux ALE axés sur la compétitivité soient complets et ambitieux dans leur couverture et visent à obtenir la plus large libéralisation possible des échanges, y compris dans le domaine des services et des investissements » (16). Puis elle a précisé que son objectif était de conclure, aux niveaux bilatéral et régional, des accords de libre-échange globaux, en particulier avec d'importants partenaires commerciaux en Asie, tout en considérant que les États-Unis étaient le partenaire le plus important pour l'Union. De ce point de vue, une coopération étroite et une convergence des approches réglementaires avec les États-Unis sont de la plus haute importance stratégique et économique, car « elles permettraient de développer davantage les échanges transatlantiques et pourraient contribuer à l'élaboration de normes et de règles communes d'application mondiale » (17).

La Commission, qui a l'intention de négocier et de conclure le plus important accord de libre-échange de l'histoire de l'Union, voit donc forcément grand (18), comme peuvent en témoigner les termes de son mandat de négociation. Le point 2 du mandat mentionne que « l'accord doit être global, équilibré et pleinement compatible avec les règles et obligations de l'O.M.C. ». Son point 3 indique que la libéralisation réciproque du commerce des biens et services et des règles sur les questions liées au commerce s'effectuera « avec un haut niveau d'ambition, allant au-delà des engagements existants à l'O.M.C. ». Le point 15 rappelle que l'objectif des négociations sur le commerce des services est de parvenir « au plus haut niveau de libéralisation » ; de même, en matière de marchés publics, « l'accord doit viser l'ambition maximale ». L'Union est donc favorable à « un accord large et complet, favorisant l'échange de concessions » et « l'accord ne sera conclu sur rien tant qu'il ne sera pas conclu sur tout » (19). Mieux vaut donc un accord global que des accords partiels qui seront nécessairement plus modestes quant

(16) *COM*(2006) 567 final, *op. cit.*, pp. 10-11.

(17) Commission, communication concernant la dimension extérieure de la Stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi : rapport sur l'accès aux marchés et définition d'un cadre pour une coopération internationale plus efficace en matière de réglementation, *COM*(2008) 874 final, 16 décembre 2008, pp. 9 et 12.

(18) *Europolitique*, 4 avril 2013, p. 1.

(19) B. de Largentaye, « Enjeux et perspectives d'une zone de libre-échange transatlantique », *op. cit.*, p. 14.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

à leur contenu. Il est vrai que l'article XXIV du GATT a été interprété depuis longtemps comme impliquant la conclusion d'accords de libre-échange couvrant de manière substantielle l'ensemble des échanges entre les parties ; aucun secteur important ne peut être exclu, ce qui plaide en faveur du caractère global et général de l'accord. Les États-Unis veulent également conclure un accord global, et il leur paraît inopportun « d'exclure des éléments avant le début des négociations. Cela créerait une dynamique qui conduirait à un accord sensiblement moins ambitieux et intéressant » (20). L'objectif de l'accord semble donc être « la création d'une véritable zone de libre-échange dotée d'institutions propres » (21).

Comme le précise le point 5 du mandat de négociation de la Commission, il comporte à cet effet trois volets : l'accès au marché qui représente le volet classique de la négociation et vise à abaisser les droits de douane ; les réglementations et les barrières non tarifaires ; les sujets de régulation (droits de propriété intellectuelle, normes sociales et environnementales…) ou « rules » selon le jargon de l'O.M.C.

Il est incontestable que la question des droits de douane est relativement simple à régler et l'objectif zéro droit de douane n'est pas inatteignable. Les taux moyens actuels sont faibles, et les tarifs douaniers bilatéraux sont de 3,3 % pour l'Union européenne et de 2,2 % pour les États-Unis, mais quelques pics tarifaires très élevés subsistent dans le secteur agroalimentaire (22). Le sujet le plus délicat sera celui de la convergence réglementaire, avec l'abolition d'un certain nombre de barrières non tarifaires, relevant davantage de l'ordre de la protection du consommateur que de la protection contre les importations. La Commission estime que ce point des négociations est capital, les ALE devant « s'attaquer aux barrières non tarifaires grâce à une convergence réglementaire » (23). À la lecture du mandat, le chapitre consacré à cette coopération réglementaire contient cinq volets : mesures sanitaires et phytosanitaires, obstacles techniques, cohérence réglementaire, coopération réglementaire et accords sectoriels. Il confère une portée inédite à un accord de ce type, car les deux partenaires ont l'intention de se poser « en normalisateurs mondiaux » (24), avec globalement trois moyens d'y parvenir, à savoir la reconnaissance mutuelle, l'harmonisation des normes et réglementations, et la convergence avec un rapprochement des règles. Cet aspect de la négociation risque de la compliquer fortement et, à l'évidence, l'agriculture et le commerce alimentaire transatlantique n'iront pas sans soulever des difficultés. Organismes génétiquement modifiés, indications d'origine géographique, viande bovine aux hormones, poulets trempés dans le chlore : il est inutile d'allonger la liste des

(20) Entretien avec M. Sapiro, « Marché commun transatlantique. Chance ou chimère », *Europolitics*, n° 1, été 2013, pp. 22-23.

(21) *RGDI publ.*, n° 4/2013, Chronique des faits internationaux, p. 910.

(22) Voy. M. Fouquin, « Le projet d'accord de libre-échange entre l'Union européenne et les États-Unis », *Cahiers français*, n° 378, janvier-février 2014, *op. cit.*, pp. 67-68.

(23) *COM* (2006) 567 final, *op. cit.*, p. 11.

(24) B. Beary, « Convergence réglementaire », *Europolitics*, été 2013, *op. cit.*, p. 35.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

freins aux importations de part et d'autre de l'Atlantique. En dépit de son appellation, non seulement la convergence réglementaire possède une dimension technique permettant aux « entreprises de faire d'importantes économies d'échelle et d'obtenir des gains économiques beaucoup plus significatifs qu'avec l'abaissement des tarifs douaniers » (25), mais elle recèle également une dimension politique risquant de compliquer la négociation, de nombreux *lobbies* étant aux aguets. L'adoption de régulations communes en matière de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou du consommateur est sans aucun doute le point le plus sensible du partenariat transatlantique. De surcroît, chaque négociateur a des intérêts offensifs et défensifs et va résister à l'inclusion de certains domaines dans l'ALE, les transports aériens et maritimes, ainsi que les services financiers pour les États-Unis, les services audiovisuels et les marchés publics de défense pour l'Union européenne.

Les partisans du libre-échangisme sont, par conséquent, à l'œuvre et l'on est en droit de s'interroger sur les répercussions d'un tel accord, notamment à la lumière de l'Accord économique et commercial global (CETA) signé récemment entre l'Union européenne et le Canada, qui « est ce qui se fait de mieux en matière d'accord, un accord du XXIe siècle, qui créera de nouvelles opportunités des deux côtés de l'Atlantique » (26), un « tel accord de libre-échange global entre deux économies matures (étant) une grande première » (27). Devant autant de superlatifs, on ne peut que s'émerveiller de la future conclusion d'un ALE entre l'Union et les États-Unis, vu la taille des deux économies ! La doctrine du libre-échange que certains considèrent comme ne reposant pas « sur un socle scientifique sérieux mais sur une croyance qui confine aujourd'hui au dogme religieux » (28) s'imposerait alors tous azimuts, au point que l'on soit en mesure d'affirmer que le commissaire au Commerce K. De Gucht agisse « juste par pure conviction, dogmatisme diront les plus critiques, libre-échangiste » (29) !

B. – Les comptes et les mécomptes du renforcement du libre-échange

Le préambule et les principes généraux inscrits dans le mandat (pt 6) de la Commission européenne sont rédigés dans des termes plutôt vagues et lénifiants. Ils évoquent « des valeurs communes dans des domaines tels que les droits de l'homme, les libertés fondamentales, la démocratie et la primauté du droit », « l'engagement des parties envers le développement durable et la contribution du commerce international au développement durable dans ses dimensions économiques, sociales et environnementales, […] », ou

(25) E. Fabry, « TTIP : une négociation à la Pirandello », *op. cit.*, p. 2.
(26) Propos de J. M. Barroso et S. Harper, MÉMO/13/914, 18 octobre 2013.
(27) Propos de K. De Gucht, communiqué de presse IP/13/972, 18 octobre 2013.
(28) J. de Saint-Victor, « Traité transatlantique : de "l'exception culturelle" à "l'exception civilisationnelle" », *Cités*, 2013/4, n° 56, p. 172.
(29) O. Spanneut, « Karel De Gucht, chef lobbyiste », *Europolitics*, été 2013, *op. cit.*, p. 35.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

encore « la promotion de la diversité culturelle telle qu'elle est prévue dans la convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, [...] ». De même, un des objectifs de l'accord « est de réaliser le potentiel inexploité d'un véritable marché transatlantique, générant de nouvelles opportunités économiques pour la création d'emplois et la croissance... » (pt 7).

À la lecture de ces passages du mandat, plusieurs remarques s'imposent. À la suite des révélations relatives au programme américain d'espionnage PRISM, il est légitime d'avoir quelques doutes en matière des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Commission, qui conduit les négociations en application de l'article 207-3 TFUE, n'a pas envisagé la suspension des négociations. Inclure dans le mandat le développement durable et la diversité culturelle est encore plus surprenant, quand on sait que les États-Unis n'ont signé ni le Protocole de Kyoto sur les changements climatiques, ni la convention de l'Unesco sur la diversité culturelle et n'ont pas ratifié la Convention de 1992 sur la diversité biologique. Quant au potentiel du TTIP, de nombreux chiffres circulent, sans que l'on sache très bien s'ils sont fiables. Ainsi, « le commerce bilatéral devrait augmenter de presque 30 % et les emplois supplémentaires dans l'UE sont évalués à 400.000 en quelques années, sans parler des évolutions ultérieures » (30). La conclusion du TTIP serait susceptible d'apporter entre 0,5 et 1 % de croissance supplémentaire à l'économie européenne (31). En raison des effets délétères de la crise chez les deux partenaires, « les États-Unis et l'Union européenne sont à la recherche d'un nouveau souffle économique » (32) et l'impression dominante est que les négociations se poursuivent « à marche forcée » (33). Malgré tout, en raison des limites de la théorie ricardienne du libre-échange et de l'objet des ALE qui est d'ouvrir l'accès à de nouveaux marchés, « on se doit de rester sceptique sur l'incidence que le partenariat envisagé pourrait avoir sur le redressement économique de part et d'autre de l'Atlantique » (34). Les pressions des firmes multinationales en faveur de la conclusion d'un accord comme le TTIP permettent de mieux comprendre « l'insistance sur la croissance par les exportations et par l'investissement à l'étranger. Cette stratégie est typique de firmes globales visant à étendre, sans "barrières" réglementaires ou douanières, leur espace de jeu à tous les territoires de la planète mis en concurrence » (35). Enfin, cerise sur le gâteau, la méthode du fait accompli et la volonté de conclure à tout prix permettent par ailleurs de surmonter les réticences de certains États à s'engager et incitent à les considérer comme résistant à l'extension du libre-échange et, derechef, d'obédience plutôt protectionniste.

(30) *Bulletin de l'Agence Europe*, 25 juin 2013, p. 3.
(31) K. De Gucht, « Enjeux et défis du partenariat transatlantique », *op. cit.*
(32) B. de Largentaye, « Enjeux et perspectives d'une zone de libre-échange transatlantique », *op. cit.*, p. 4.
(33) *RGDI publ.*, nº 1/2014, Chronique des faits internationaux, p. 154.
(34) B. de Largentaye, « Enjeux et perspectives d'une zone de libre-échange transatlantique », *op. cit.*, p. 16.
(35) J. Gadrey, « Grand marché transatlantique : un contexte tendu », *op. cit.*, p. 73.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Au nombre de trois, d'autres éléments cruciaux relatifs au futur partenariat doivent être évoqués.

Le premier est relatif au cadre monétaire du TTIP et à sa stabilité. Il invite à s'interroger sur le moment choisi pour s'engager dans un pari transatlantique comme le TTIP. Depuis qu'il existe, l'euro a varié par rapport au dollar quasiment du simple au double, de 0,8252 dollar à 1,6038 et il n'est pas exagéré d'affirmer que « des transactions équitables et stables sont impossibles avec de telles variations, d'une part parce que les déséquilibres frappent les grands agents économiques, d'autre part parce que les entreprises, premières concernées, ne peuvent plus faire de calculs économiques fiables ». Faut-il alors envisager l'hypothèse d'un « SMA (système monétaire atlantique) » (36) ? La question est posée.

Le deuxième point crucial porte sur la transparence des négociations relatives au TTIP, qui demeure un sujet sensible (37). Tout d'abord, alors que la France avait demandé que le mandat de négociation accordé à la Commission soit rendu public, la décision unanime des États membres nécessaire à sa publication n'a pas été possible (38), notamment car elle aurait créé un précédent. La levée du secret aurait pourtant été plus responsable envers les citoyens de l'Union, d'autant que la Commission semble moins transparente que ses partenaires américains et que le contenu du mandat a fait l'objet de fuites et était disponible sur Internet. Les résultats des « rounds » de négociation ne font pas non plus l'objet de beaucoup de publicité sur leur contenu auprès des citoyens, alors que la Commission a eu plus d'une centaine de consultations avec les *lobbies* du monde des affaires. En bonne logique, ses services se voient reprocher l'opacité des négociations par la société civile, alors que le Traité de Lisbonne a apporté une pierre supplémentaire aux principes de démocratie administrative que sont l'ouverture et la transparence (39). L'information relative au progrès des négociations est pourtant un excellent moyen de « vendre » le TTIP aux citoyens de l'Union et, sur ce point, « le rejet en bloc par le Parlement européen en 2012 de l'accord commercial anti-contrefaçon [...], qui avait été fortement critiqué pour avoir été négocié à huis clos par la Commission européenne, est un précédent qui ne doit pas être répété » (40).

Le troisième point noir de la négociation est le régime des investissements. Le mandat prévoit sur ce point que le TTIP « devrait viser à inclure un mécanisme de règlement des différends investisseur-État efficace et à la pointe, assurant la transparence, l'indépendance des arbitres et la prévisibilité de l'accord, y compris à travers la possibilité d'interprétation contraignante de l'accord par les Parties » (pt 23). Ce mécanisme ISDS

(36) J.-L. Gréau, « Le triomphe programmé du modèle américain », *Le Débat*, 2014/1, *op. cit.*, p. 23.
(37) Voy. not. *Europolitique*, 21 octobre 2013, p. 14 ; 31 janvier 2014, p. 14 ; 13 mars 2014, p. 12.
(38) L'Allemagne, les Pays-Bas et le Danemark ont opposé un refus net.
(39) Voy. not. les art. 1er TUE, 10-3 TUE, 11-1 à 3 TUE et 15-1 TFUE.
(40) E. Fabry, « TTIP : une négociation à la Pirandello », *op. cit.*, p. 6.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

(*Investor-state dispute settlement*) (41), appelé ainsi selon son acronyme anglais, que la Commission présente comme un moyen « d'instaurer des règles modernes sur les investissements qui garantissent que les gouvernements ne discrimineront pas les entreprises étrangères » (42), est fortement décrié. Cette question de la responsabilité financière en matière d'investissements étrangers se pose avec davantage d'acuité qu'auparavant depuis que l'article 207 TFUE a conféré une compétence exclusive à l'Union européenne en matière d'investissements étrangers directs, la politique en matière d'investissement apparaissant comme une nouvelle frontière pour la politique commerciale commune, une politique d'investissements internationaux étant susceptible d'améliorer la compétitivité de l'Union européenne et de contribuer aux objectifs de la Stratégie Europe 2020 (43). Cependant, des questions d'ordre constitutionnel se posent comme celle de la répartition de la responsabilité financière découlant de ces procédures ISDS pour l'UE, ou des rôles respectifs de l'Union et des États membres dans la conduite des procédures de règlement des différends, eu égard aux principes d'unité de la représentation internationale de l'Union et de coopération loyale, ce dernier étant désormais inscrit à l'article 4-3 TUE. La Commission a ainsi proposé que l'indemnisation soit à la charge des responsables de l'adoption de la mesure allant à l'encontre du traité bilatéral, c'est-à-dire l'Union européenne ou les États membres selon le cas (44).

Les observateurs les plus critiques y voient la réintroduction de l'AMI (Accord multilatéral sur les investissements) élaboré durant les années 1990, en vue de « renforcer le pouvoir des acteurs de marché vis-à-vis des États qui manifesteraient la volonté intempestive de prendre des réglementations contraires à leurs intérêts égoïstes » (45). Ce mécanisme de l'ISDS, parfois qualifié de redoutable, qui passe par le recours à un arbitre privé pour régler un différend entre un investisseur et un État, « risque de remettre finalement en cause la capacité à légiférer des États » (46). Il est vrai que sa philosophie est de permettre aux entreprises (multinationales) de contester la législation d'États souverains (ce qui les place sur un pied d'égalité), si elles estiment que leurs réglementations vont à l'encontre des droits à l'investissement accordés aux entreprises dans l'ALE conclu. Ne peut-on pas alors affirmer qu'« accepter l'ISDS permettrait aux grandes entreprises de faire prévaloir leurs intérêts contre la législation européenne » (47) ?

(41) Voy. European Commission, *Fact Sheet, Investment Protection and Investor-to-State dispute Settlement in EU Agreements*, novembre 2013.

(42) Commission, « Questions et réponses : consultation publique en ligne sur la protection des investisseurs dans le cadre du TTIP », MÉMO/14/206, 27 mars 2014.

(43) Commission, « Vers une politique globale en matière d'investissements internationaux », *COM*(2010) 343 final, 7 octobre 2010.

(44) Commission, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends investisseur-État mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, *COM*(2012) 335 final, 21 juin 2012.

(45) J.-L. Gréau, « Le triomphe programmé du modèle américain », *op. cit.*, p. 25.

(46) Compte rendu de la Commission des Affaires européennes du Sénat, *op. cit.*, p. 2.

(47) Propos du député européen Bernd Lange, in P. Ricard, « Libre-échange avec les États-

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans le même ordre d'idées, « il y a fort à parier que toutes les protections européennes seront jugées par cette instance comme étant contraires à la concurrence. Il en ira des aides à l'agriculture jusqu'aux aides au cinéma, car l'"exception culturelle" étant considérée comme "réactionnaire" par [...] M. Barroso, président de la Commission, elle ne résisterait pas longtemps... » (48). Sans extrapoler outre mesure, après la conclusion du TTIP, les États membres de l'Union européenne ne vont-ils pas devoir revenir sur l'interdiction de la fracturation hydraulique pour extraire le gaz de schiste (49) ? En effet, dans le cadre de l'ALENA, la société américaine *Lone Pine Ressources Inc.* a demandé 250 millions de dollars de compensation au Canada, au motif que « la province du Québec a décrété un moratoire sur l'extraction de gaz de schiste, pour des raisons environnementales » (50). Sans faire preuve d'un pessimisme excessif, depuis l'entrée en vigueur de l'ALENA en 1994, « le Canada a été attaqué 30 fois par des entreprises des États-Unis. Il a perdu à chaque fois » (51). Les dangers du libre-échange apparaissent ainsi au grand jour !

II. – L'ÉTENDUE DU PARTENARIAT TRANSATLANTIQUE ET LES DANGERS DU LIBRE-ÉCHANGE

La conclusion du TTIP, dont on mesure pour le moment assez mal les enjeux et les répercussions, introduit certainement une « rupture essentielle » dans la stratégie commerciale européenne, car « cet accord de libre-échange transformera la politique commerciale commune de l'UE, qui sera alors couverte à plus de 60 % par des accords bilatéraux alors que cette proportion n'était que de 25 % il y a de cela dix ans » (52). La conjonction d'une Amérique ne croyant plus aux vertus du multilatéralisme incarné par l'O.M.C. et d'une Commission européenne ayant opéré un virage vers le bilatéralisme explique l'engouement pour le TTIP. L'enthousiasme des négociateurs européens ne doit cependant pas les conduire à ignorer les périls qui s'attachent à ce projet, dont le plus grand est certainement d'être menaçant pour la spécificité européenne et l'identité de l'Union (A), et ce, d'autant plus que ce partenariat transatlantique comporte une « face cachée » (B).

Unis : la protection des investissements en question », *Le Monde*, 23 janvier 2014.

(48) J. de Saint-Victor, « Traité transatlantique : de "l'exception culturelle" à "l'exception civilisationnelle" », *op. cit.*, p. 175.

(49) *Europolitique*, 7 mars 2014, p. 13.

(50) Voy. J. Gadrey, « Grand marché transatlantique : un contexte tendu », *op. cit.*, p. 74 ; J. Bové, *Hold-up à Bruxelles. Les lobbies au cœur de l'Europe*, *op. cit.*, pp. 195 et s.

(51) R. Hiault, « TTIP : le tribunal d'arbitrage freiné », *Les Échos*, 28 mars 2014.

(52) Z. Laïdi, « Un projet de partenariat transatlantique menaçant. Américains et Européens, adieu au multilatéralisme ? », *Le Monde*, 16 mars 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

A. – Un partenariat menaçant pour la spécificité européenne et l'identité de l'Union ?

Au titre des différentes menaces, il convient de se remémorer l'épisode pendant lequel la France s'est montrée prête à bloquer les négociations portant sur la détermination du contenu du mandat de la Commission. En effet, avec l'appui explicite de quelques États membres (Belgique et Roumanie notamment), de nombreux artistes de renom et du Parlement européen, la France a demandé et obtenu (en brandissant son droit de veto sur le sujet) que « les services audiovisuels » (pts 9 et 21 du mandat) ne soient pas couverts par le commerce des services et l'établissement et la protection des investissements. Le cinéma, la radio, la télévision, la musique et leur traduction sur Internet n'entrent par conséquent pas dans le mandat, bien que la libéralisation du commerce des services audiovisuels intéresse d'importantes firmes américaines comme *Netflix*, *Amazon* ou *iTunes*, qui ont développé des technologies numériques et « cherchent à pouvoir accéder au marché européen, sans qu'il soit possible d'exiger de leur part le soutien à la diversité culturelle que leurs concurrents européens sont tenus de fournir » (53).

Le nouveau cadre juridique issu de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne contient des arguments plaidant en faveur de la préservation de la diversité culturelle, qui peut être considérée comme une valeur de l'Union, la construction européenne étant « difficilement concevable sans l'idée même de diversité et, entre autres, de diversité culturelle » (54). L'article 3 TUE prévoit que l'Union « respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique ». L'article 22 de la Charte des droits fondamentaux précise également que « l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique ». L'organisation des compétences de l'Union dans ce domaine garantit aux États un contrôle sur l'action de l'Union, en prévoyant toujours que le Conseil statue à l'unanimité pour la négociation et la conclusion d'accords « dans le domaine du commerce des services culturels et audiovisuels, lorsque ces accords risquent de porter atteinte à la diversité culturelle et linguistique de l'Union » (55). En considérant la France comme « réactionnaire », le président Barroso ne s'est montré « ni loyal ni respectueux » au sens de l'article 4-3 TUE ; le commissaire De Gucht « mauvais perdant » en estimant « qu'il sera possible de réintroduire les services audiovisuels dans la négociation » (56).

Un autre sujet menaçant concerne les appellations d'origine et les indications géographiques, car les deux rives de l'Atlantique ne voient pas de

(53) Compte rendu de la Commission des Affaires européennes du Sénat, *op. cit.*, p. 4.

(54) J.-C. Barbato et J. Lang, Rubrique « Culture », *Répertoire Dalloz de droit communautaire*, septembre 2013, n° 207.

(55) Art. 207-4, lettre a), TFUE.

(56) Éditorial, « Monsieur Barroso, vous n'êtes ni loyal ni respectueux ! », *Le Monde*, 19 juin 2013 ; voy. N. Vandystadt, « Cocorico. Paris a gagné la bataille des services audiovisuels », *Europolitics*, été 2013, *op. cit.*, p. 35 ; pt 42 du mandat de la Commission.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

la même manière l'étiquetage des aliments en général et des vins en particulier. Sans entrer dans le détail de cette question, les États-Unis ne reconnaissent pas le système européen des indications géographiques et préfèrent le système plus souple des marques. Alors que l'Union s'est efforcée de promouvoir les indications géographiques dans les accords commerciaux conclus récemment (57), il faudra bien que les deux partenaires parviennent à un accord sur cette épineuse question dans le cadre des négociations relatives au TTIP. Plus important vraisemblablement est l'écart entre les normes (et les barrières non tarifaires) qui assurent la protection des consommateurs contre divers types de risques. On se heurte ainsi de plein fouet à la question de la convergence réglementaire et des préférences collectives, qui ne la facilite pas justement. Il faudra ainsi que les négociateurs admettent « la légitimité du niveau de protection requis par les préférences collectives [...] : chaque société doit pouvoir choisir ses valeurs et son degré de protection à l'égard du risque, dans un contexte d'incertitudes scientifiques, qu'il s'agisse d'OGM, d'hormones de croissance, de décontamination chimique des viandes, de clonage animal... ». Bien que les négociateurs aient déclaré qu'un abaissement des normes était exclu, rien n'est moins sûr. La conclusion du TTIP ne doit pas se traduire par un recul de l'acquis communautaire ; elle doit « au contraire permettre d'influer sur l'ensemble du système commercial mondial dans une perspective de développement durable » (58). La négociation risque pourtant de rencontrer d'importantes difficultés sur le plan réglementaire, car elle concerne le sujet sensible des valeurs, ce qui accroît sa dimension politique. Il ne faudrait pas que « toutes les règles que l'Europe s'est patiemment donnée[s] pour protéger la planète et les consommateurs (puissent) être effacées par l'impératif supérieur du libre commerce » (59). De surcroît, de longue date, l'Union s'est engagée dans la défense de valeurs ou de préférences non marchandes, comme « l'opposabilité des règles environnementales à l'ouverture des marchés, l'aversion au risque, la multifonctionnalité de l'agriculture, le respect des normes sociales fondamentales, le respect de la diversité culturelle » (60). Sur ce plan, l'Europe apparaît, en effet, comme une puissance normative mettant ses valeurs au service de son action extérieure.

Seule une vision globale et ambitieuse du TTIP semble de bon aloi, car l'accord envisagé « ne doit pas se réduire à un accord de libre-échange mais constituer un réel partenariat d'égal à égal qui respecte les valeurs fondamentales, l'identité culturelle et les préférences collectives de chacun des deux partenaires » (61). Alors que les relations transatlantiques se développent par le truchement de projets de plus en plus précis, il est nécessaire

(57) À titre d'illustration, l'ALE conclu avec la Corée du Sud réserve le droit d'utiliser l'indication « feta » aux producteurs grecs.

(58) Compte rendu de la Commission des Affaires européennes du Sénat, *op. cit.*, pp. 3 et 5.

(59) J. de Saint-Victor, « Traité transatlantique : de "l'exception culturelle" à "l'exception civilisationnelle" », *op. cit.*, p. 174.

(60) Sur cette question, voy. Z. Laïdi, *La norme sans la force. L'énigme de la puissance européenne*, 2e éd., Paris, Presses de Sciences Po, 2009, p. 134.

(61) Compte rendu de la Commission des Affaires européennes du Sénat, *op. cit.*, p. 2.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de veiller à ce qu'elles n'entraînent pas un changement de nature de l'Union européenne. Il est loisible de juger que « le TTIP nous distrait de la construction européenne, fondée sur la recherche d'une identité qui, elle-même, renvoie à des préférences collectives, des valeurs » (62). En d'autres termes, la réalisation d'un grand marché transatlantique « distrait l'Europe de son principal dessein. Cela risque de retarder notre marche vers l'union politique et de diluer l'identité européenne » (63). Ne convient-il pas alors de s'assurer que cette négociation sans précédent préserve « les spécificités du modèle européen qui présente un attrait grandissant pour les Américains » (64) ? Les priorités prêtées aux négociateurs américains et aux grandes entreprises, qui exercent un fort *lobbying* auprès d'eux, inclinent à penser que « ce sont toutes les réglementations non tarifaires que les États-Unis veulent parvenir à contourner à travers cette négociation. Bref, ce qui fait la véritable "exception civilisationnelle" européenne » (65). Dogme du libre-échange *versus* spécificité de la construction européenne : il faudra faire le bon choix !

B. – La « face cachée » du partenariat transatlantique

Cette « face cachée » du TTIP est celle liée à ses enjeux géopolitiques ou géostratégiques. Elle pourrait entraîner une redéfinition des contours du commerce mondial. Alors que l'accord partiel intervenu lors de la sixième conférence ministérielle de l'O.M.C. qui s'est tenue du 3 au 6 décembre 2013 à Bali (66) a débloqué partiellement le cycle de Doha lancé en 2001, de nombreux membres de l'Organisation, redoutant sa mort lente, avaient choisi de tourner la page et de négocier des accords bilatéraux. Dans ce contexte, le lancement des négociations relatives au TTIP a pour objectif de surmonter ce blocage du système commercial multilatéral. Consciente de cette situation, l'O.M.C. a d'ailleurs plaidé pour une plus grande cohérence entre le système multilatéral et les arrangements régionaux (67). En effet, les accords commerciaux régionaux ne conduisent pas forcément à une plus grande cohérence entre le multilatéralisme et le bilatéralisme. S'ils conduisent à des relations commerciales privilégiées entre pays partageant les mêmes intérêts, à la libéralisation des échanges, voire au progrès de la règle de droit, ils rejoignent les finalités du système commercial multilatéral. Ils peuvent toutefois se révéler ambivalents et ambigus, en laissant « ouverte l'hypothèse de la complémentarité entre multilatéralisme et bilatéralisme comme celle

(62) Entretien avec P. Defraigne, Directeur exécutif de la Fondation Madariaga – Collège d'Europe, *Europolitics*, été 2013, *op. cit.*, p. 24.

(63) X. Bertrand, « Les vrais enjeux d'un projet démesuré », *op. cit.*, p. 21.

(64) B. de Largentaye, « Enjeux et perspectives d'une zone de libre-échange transatlantique », *op. cit.*, p. 17.

(65) J. de Saint-Victor, « Traité transatlantique : de "l'exception culturelle" à "l'exception civilisationnelle" », *op. cit.*, p. 174.

(66) Voy. not. Y. Petit, « L'Organisation mondiale du commerce, l'accord de Bali et l'agriculture », *RDR*, mars 2014, pp. 20-23.

(67) O.M.C., Rapport sur le commerce mondial 2011. L'O.M.C. et les accords commerciaux préférentiels : de la coexistence à la cohérence, Genève, 2011, 256 p.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

de la conflictualité entre les deux systèmes, l'un orienté vers l'intérêt général, l'autre vers l'intérêt particulier » (68). Un des périls du TTIP est, par conséquent, de cautionner et d'encourager « une vision alternative au multilatéralisme commercial, et donc à l'O.M.C. » (69). On comprend mieux dans ces conditions que le TTIP soit appréhendé par les deux partenaires « comme une chance d'instaurer des normes internationales en harmonisant leurs cadres réglementaires afin que les autres pays se sentent obligés de les suivre pour ne pas être évincés du marché transatlantique » (70). À mots plus ou moins couverts, il s'agit également « de renforcer leurs positions de négociation et d'encourager l'émergence de normes internationales conformes à leurs vœux » (71). En poussant leur avantage, l'Union européenne et les États-Unis prennent peut-être ainsi le risque de réduire l'O.M.C. et son droit à la portion congrue.

Le TTIP va donc bien au-delà du commerce ; il conduit « au cœur des rapports de force mondiaux » (72). La montée en puissance de la Chine pousse ainsi les États-Unis à renforcer leur *soft power*, et ils ont privilégié deux axes : le TTIP et le TPP (*Trans-Pacific Partnership*) avec onze pays de la région pacifique (sauf la Chine) représentant environ 40 % du commerce mondial, le TTIP en concernant 30 %, rappelons-le. Par ricochet, il en va de même avec le *soft power* de l'Union européenne et sa place sur la scène internationale que le Traité de Lisbonne a eu pour objectif de renforcer (73). Doit-on aller plus loin et affirmer que la vérité du projet de TTIP « s'inscrit dans la stratégie de l'"hégémon" libéral de notre temps – les États-Unis – pour contenir la montée de la Chine », la négociation d'un tel accord de libre-échange soulevant l'avenir de la mondialisation ? De toute façon, quelle que soit la manière de poser le problème, « la Chine s'invite dans la réflexion… » (74). L'administration américaine a reconnu que le TTP visait directement la Chine. Les partenariats transpacifique et transatlantique relèvent alors d'une stratégie consciente : « si les deux accords en négociation sont clairement dirigés contre la Chine, voire contre la Russie, ils sont en fait destinés à offrir aux multinationales, surtout américaines, les marchés captifs qu'elles n'auront pas en Chine… » (75).

De part et d'autre de l'Atlantique, le TTIP apparaît comme « une chance pour l'UE et les États-Unis de faire front uni contre la Chine afin que ce

(68) C. Deblock, « Accords commerciaux : entre coopération et compétition », *Politique étrangère*, 2012/4, p. 831.
(69) X. Bertrand, « Les vrais enjeux d'un projet démesuré », *op. cit.*, p. 20.
(70) B. Beary et L. Vaudin d'Imécourt, « Quels sont les enjeux ? », *Europolitics*, été 2013, *op. cit.*, p. 19.
(71) B. de Largentaye, « Enjeux et perspectives d'une zone de libre-échange transatlantique », *op. cit.*, p. 6.
(72) J. Bové, *Hold-up à Bruxelles. Les lobbies au cœur de l'Europe*, *op. cit.*, p. 200.
(73) Voy. art. 21 TUE.
(74) J.-P. Chevènement, « Le partenariat transatlantique et l'avenir de la mondialisation », *Le Débat*, 2014/1, *op. cit.*, pp. 26 et 29.
(75) J.-M. Quatrepoint, « Du transpacifique au transatlantique », *Le Débat*, 2014/1, *op. cit.*, p. 8.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

pays n'obtienne pas un avantage déloyal sur le plan de la concurrence » (76). Outre son isolement politique, la Chine « redoute que le TTIP entraîne une réorientation des échanges et une augmentation de la concurrence pour ses exportations sur les marchés de l'Union européenne et des États-Unis. Elle craint que l'accord transatlantique ne vise à contrecarrer son ambition de devenir le centre de l'économie mondiale dans les décennies à venir » (77). Elle se sent donc logiquement « exclue et ne cache pas sa frustration » (78). En réaction à cette situation d'encerclement, elle a proposé à l'Union européenne de négocier un ALE, qui ne l'envisage qu'à moyen ou à long terme. Elle sait, de plus, que l'Union européenne a conclu un ALE en 2009 avec la Corée du Sud, en 2011, avec Singapour, et des négociations ont été ouvertes avec le Japon au printemps 2013. Cette tentative de contournement a encore conduit la Chine à proposer un autre partenariat en 2011, le *Regional Comprehensive Economic Partnership* (RCEP). Il exclut, bien entendu, les États-Unis, mais englobe l'Inde et le Japon (79).

L'encerclement géographique de la Chine pose plus largement la question de la multilatéralisation de l'accord de libre-échange transatlantique, car l'impact du TTIP – qui est comparable à un immense bloc commercial – sur les pays tiers place nombre d'entre eux dans une position inconfortable et « on ne sait pas si l'UE et les États-Unis laisseront la porte du TTIP ouverte aux pays tiers » (80). *A priori*, les pays ayant conclu des ALE à la fois avec l'Union et les États-Unis pourront accéder au TTIP. Chili, Mexique, Pérou et Corée du Sud répondent à cette condition et le Canada y répondra bientôt. De ce fait, les pays membres de l'AELE (Islande, Lichtenstein, Norvège et Suisse) pourraient voir leurs exportations affectées. Le TTIP devrait contraindre les pays de l'AELE à ouvrir leurs marchés aux États-Unis en s'alignant sur ses dispositions, mais « ils n'obtiendront pas un accès réciproque automatique au marché américain » (81). La Suisse a, par exemple, signé plusieurs ALE avec l'Union, mais aucun avec les États-Unis. Les industries helvétiques risquent de pâtir d'une « discrimination » sur le territoire américain et pourraient être confrontées à des délocalisations d'entreprises vers l'Union européenne, du fait du poids de l'abolition des entraves non tarifaires dans le projet de TTIP. L'attractivité de la Suisse en souffrirait (82). La Turquie irait également au-devant d'importantes difficultés commerciales. Liée à l'Union européenne par l'accord d'union douanière de 1995, elle pourrait être perdante. Au titre de cette union douanière, elle devra s'aligner sur toutes les modifications tarifaires convenues dans le TTIP et « pourrait être forcée d'ouvrir son marché aux entreprises américaines, sans que les entreprises turques aient un accès réciproque au marché américain ». L'union

(76) *Europolitique*, 21 mai 2013, p. 11.
(77) S. Falletti, « La Chine aimerait être rassurée », *Europolitics*, été 2013, *op. cit.*, p. 29.
(78) H. Thibault, *Le Monde*, 14 juin 2013.
(79) J. Gadrey, « Grand marché transatlantique : un contexte tendu », *op. cit.*, p. 72.
(80) *Europolitique*, 6 juin 2013, p. 11.
(81) *Europolitique*, 26 septembre 2013, p. 11.
(82) *Europolitique*, 18 octobre 2013, p. 14.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

douanière de 1995 rend difficile pour la Turquie d'obtenir des États liés par un ALE avec l'Union qu'ils acceptent d'en conclure avec elle, car ils ont en vertu de cette union douanière automatiquement un accès non réciproque au marché turc. Le problème soulevé ira en s'aggravant, du fait que l'Union européenne négocie « des accords commerciaux bilatéraux avec de grandes économies comme l'Inde, l'Afrique du Sud, le Japon » (83). La solution repose certainement sur la création d'un « mécanisme "d'amarrage" qui permettrait à d'autres pays d'accéder au TTIP après sa conclusion » (84).

En définitive, en dépit des immenses difficultés soulevées par un tel méga-accord, seules la négociation et la conclusion d'un accord bilatéral permettent d'atteindre les objectifs que se sont fixés l'UE et les États-Unis. La puissance stratégique des États-Unis – qui ont deux fers au feu, le TTIP et le TPP – place peut-être l'Union en position de faiblesse, ce qui fait craindre un accord potentiellement déséquilibré, le déséquilibre pouvant être accentué par les divisions des vingt-huit États membres. Quoi qu'il en soit, les deux partenaires n'ont pas droit à l'erreur en raison des répercussions attendues du TTIP sur le commerce et les équilibres mondiaux.

(83) *Europolitique*, 5 septembre 2013, p. 7.
(84) *Europlitique*, 7 octobre 2013, p. 13.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) entre l'Union européenne et les États-Unis : un...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

RÉFLEXION SUR UNE ÉVOLUTION SINGULIÈRE : LA RÉFÉRENCE AUX DROITS DE L'HOMME DANS LES NORMES TECHNIQUES

Fabienne PÉRALDI LENEUF

Professeur à l'Université Paris-Sud (CEI)

Paradoxe, singularité, antinomie ? Les mots ne manquent pas pour qualifier le processus, de plus en plus observable aujourd'hui, qui consiste à intégrer des références aux droits de l'homme dans les normes techniques. Sa manifestation la plus notoire est celle de la conception et de la publication en 2010 de la norme de l'ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale (1) des entreprises (2). Il est acquis que l'insertion d'enjeux sociétaux incluant les droits de l'homme dans la norme résulte de la difficulté (voire la réticence) des États à appréhender la RSE dans le cadre de leurs obligations internationales (3) en raison des risques d'impacts négatifs sur les échanges qu'elle faisait craindre. Néanmoins, le processus coïncide à une évolution inéluctable des modes de régulation de la société, généralisant les procédés d'autorégulation ou de corégulation. Rappelons que les normes ISO sont des documents volontaires, adoptés par un organisme non gouvernemental

(1) Le terme « sociétal » est celui choisi par les rédacteurs de la norme internationale et sera celui utilisé également dans cet article, même si le vocable « social » est plus généralement utilisé par les droits nationaux et européen.

(2) La responsabilité sociétale des organisations est définie ainsi dans la norme ISO comme « [l]a responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et sur l'environnement se traduisant par un comportement éthique et transparent [...] ». Voy., parmi une littérature abondante, I. Daugareilh (dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; M. Capron, « Quel sens donner au mouvement de la responsabilité sociale des entreprises ? », *European Journal of Economic and Social Systems*, 2006, vol. 19, pp. 113-124 ; M. Capron et F. Quairel-Lanoizelee, *La responsabilité sociale d'entreprise*, coll. Repères, Paris, La Découverte, 2007, p. 30.

(3) Voy. C. Brodhac, « La double dimension procédurale et substantive de l'ISO 26000 », in M. Capron, F. Quairel-Lanoizelee et M.F. Turcotte, *ISO 26000 : une Norme hors norme ?*, Paris, Economica, 2011 ; C. Brodhag, « Développement durable et responsabilité sociétale : de la contradiction au dépassement », in *Ateliers sur la contradiction*, Saint-Étienne, France, Presse de l'École des Mines de Paris, 2010, pp. 253-262 ; I. Daugareilh, « La norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des organisations : observations sur une expérience d'internormativité », in M. Capron, F. Quairel-Lanoizelee et M.F. Turcotte (dir.), *ISO 26000 : une Norme « hors normes » ? Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, Paris, Economica, 2010, pp. 147-163.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

ayant le statut d'association privée (4), selon le mode du consensus, comme tout produit de normalisation.

L'impact considérable et instantané de cette norme, dès les premiers forums de discussion au début des années 2000, s'est traduit paradoxalement par des tentatives de réappropriation de ses principes par les systèmes institutionnels internationaux et européens. Au niveau international, plusieurs initiatives se sont faites le relais de la norme ISO 26000, dont deux méritent d'être évoquées : celle du Conseil des droits de l'homme des Nations unies et celle de l'O.C.D.E.

La première, même si elle fait suite à des approches antérieures sur les entreprises et les droits de l'homme comme le Pacte mondial de l'ONU (5), a conduit pour la première fois à une position de principe de l'ONU sur ce sujet en 2008 (6) et a abouti, en 2011, à l'adoption de « Principes directeurs de la responsabilité sociétale » (7) définissant un cadre d'action en matière de protection des droits de l'homme à destination des entreprises reposant sur trois piliers : « protéger, respecter, réparer ». Bien que ces principes s'adressent prioritairement aux États, leur contenu est très proche des obligations inscrites dans la norme ISO 26000 (8).

L'autre initiative est celle réalisée par l'O.C.D.E. (9). L'organisation, en effet, a modifié ses « Principes directeurs de l'O.C.D.E. à l'intention des entreprises multinationales » qui datent du milieu des années 1970 (10) en y introduisant un nouveau chapitre 4 sur les droits de l'homme. Ils s'inspirent explicitement des « Principes directeurs » du Conseil des droits de l'homme et, plus officieusement, de ceux de la norme ISO 26000. Ils

(4) L'ISO, d'après l'art. 18 de ses statuts, est régi par les art. 60 et s. du C. civ. suisse, qui octroie la personnalité juridique aux organisations corporatives qui n'ont pas un but économique.

(5) Le Pacte a été lancé au Siège de l'Organisation, à New York, le 26 juillet 2000. Il s'agit d'un engagement volontaire des entreprises à aligner leurs opérations et leurs stratégies sur dix principes universellement acceptés touchant les droits de l'homme, les conditions de travail, l'environnement et la lutte contre la corruption. Voy. le document publié par l'ONU qui compare la norme ISO et le pacte mondial, *Pacte mondial de l'ONU et Norme internationale ISO 26000 « Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*.

(6) Rapports du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie, A/HRC/8/5, 7 avril 2008 ; A/HRC/11/13 du 22 avril 2009 ; A/HRC/14/27 de juin 2010 ; A/HRC/17/31.

(7) Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations unies* (A/HRC/17/31) du 21 mars 2011.

(8) Les trois piliers sont : une obligation de protection incombant à l'État ; la responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme ; assurer aux victimes un meilleur accès des recours effectifs, tant judiciaires que non judiciaires.

(9) O.C.D.E., *Les principes directeurs de l'O.C.D.E. à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions O.C.D.E., 2011. Ces principes ont été adoptés par les quarante-deux pays adhérents le 25 mai 2011 lors de la Réunion ministérielle du 50e anniversaire de l'O.C.D.E.

(10) I. Daugareilh, « La dimension sociale des principes directeurs de l'O.C.D.E. à l'intention des entreprises multinationales », *RGDI publ.*, 2008, n° 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

rappellent d'abord que les États « ont le devoir de protéger les droits de l'homme », puis s'adressent spécifiquement aux entreprises en prescrivant six obligations (11) proches des engagements de respect, de prévention formulés par l'ISO, mais se référant plutôt aux textes des organisations internationales (ONU et O.I.T.). Le respect des droits de l'homme devient ainsi « la norme mondiale de conduite attendue des entreprises indépendamment de la capacité et/ou volonté des États ». Même si les Principes directeurs de l'O.C.D.E. et de l'ONU ne sont qu'un code de conduite non contraignant, qui ne lient pas davantage que la norme ISO, ils présentent l'intérêt de s'adresser aux gouvernements et, donc, de proposer la mise en place de processus nationaux de mise en œuvre pour en garantir l'efficacité, comme des points de contacts nationaux et une coopération internationale. Ils présentent le mérite d'engager le passage de la contractualisation à l'institutionnalisation des droits de l'homme dans la responsabilité sociétale.

La stratégie d'appropriation de la RSE par l'Union européenne, objet des présentes réflexions, a abouti à une évolution très intéressante de la politique de l'Union européenne. Soumise à l'évolution tant des normes privées que du droit international, celle-ci était inéluctable. Elle l'a conduite avec hésitation à investir peu à peu ce champ et à assouplir sa position première sur le rôle des pouvoirs public (I). Au-delà de la question institutionnelle, cet engagement, même s'il ne relève pas de méthodes traditionnelles, soulève celle de la place des droits de l'homme dans ces dispositifs « souples », à l'instar de l'exemple de la norme ISO 26000, et nous permet de nous interroger sur la légitimité du processus et l'autorité des droits qui y sont contenus (II).

I. – L'APPROPRIATION PAR L'UNION DE LA CONCEPTION MONDIALE DE LA RSE

De libérale, la conception de l'Union est devenue progressivement plus interventionniste (A), jusqu'à proposer dans la communication de la Commission du 25 octobre 2011, un plan d'action en faveur de la RSE impliquant les institutions et privilégiant la corégulation comme outil de la RSE (B).

(11) Ces obligations sont : 1. Respecter les droits de l'homme, ce qui signifie qu'elles doivent se garder de porter atteinte aux droits d'autrui et parer aux incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquelles elles ont une part. 2. Dans le cadre de leurs activités, éviter d'être la cause d'incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer, et parer à ces incidences lorsqu'elles surviennent. 3. S'efforcer de prévenir et d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme directement liées à leurs activités, leurs biens ou leurs services en raison d'une relation d'affaires avec une autre entité, même si elles ne contribuent pas à ces incidences. 4. Élaborer une politique formulant leur engagement à respecter les droits de l'homme. 5. Exercer une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, en fonction de leur taille, de la nature et du contexte de leurs activités et de la gravité des risques d'incidences négatives sur ces droits. 6. Établir des mécanismes légitimes ou s'y associer afin de remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme lorsqu'il s'avère qu'elles en sont la cause ou qu'elles y ont contribué. Commentaire sur les droits de l'homme.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

A. – L'évolution interventionniste de la positon de l'Union

Il est certain que l'élaboration de la norme ISO, à laquelle la Commission européenne a pris part en tant qu'organisation, a contribué à l'enrichissement et au développement de la position de l'Union. Les principes de responsabilité sociétale sont apparus dans le droit de l'Union européenne à partir de 1999, d'abord dans une résolution du Parlement européen relative à l'élaboration d'un code de conduite contraignant pour que les droits de l'homme et l'environnement soient respectés par les entreprises (12), puis, politiquement, au sommet de Lisbonne en 2000. La thématique a donné lieu, dans la continuité, à un livre vert en 2001 puis à une communication en 2002 très commentés (13), car la Commission y adoptait une position très souple de la responsabilité des entreprises, qui se révélait déjà dans la définition même de la RSE.

La responsabilité sociale était définie comme « un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ». Sur cette base, la Commission a entrepris, en 2006 (14), une initiative originale intitulée *Alliance européenne pour la RSE*, qui a consisté en un vaste forum, ouvert, destiné à mobiliser les entreprises sur les principes sociétaux. Son bilan s'est avéré cependant contrasté, voire insuffisant (15), notamment par les partenaires de la société civile, car *l'Alliance* aurait favorisé le dialogue entre la Commission avec les entreprises, plutôt qu'avec eux et les intérêts généraux de la société. Par ailleurs, pendant son fonctionnement, un certain nombre d'entreprises ont été mises en cause pour non-respect des droits de l'homme.

(12) Résolution du 15 janvier 1999 sur des normes communautaires applicables aux entreprises européennes opérant dans les pays en développement : vers un code de conduite européen, recommandant la création d'un code de conduite modèle soutenu par un dispositif de contrôle européen, *JO*, C-104 du 14 avril 1999, p. 180.

(13) Livre vert de la Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM/2001/366 final, juillet 2001. Communication de la Commission concernant la responsabilité sociale des entreprises : « Une contribution des entreprises au développement durable », *COM* (2002) 347 final, 2 juillet 2002. Voy. aussi la résolution du Conseil du 3 décembre 2001 sur le suivi du Livre vert sur la responsabilité sociale des entreprises, *JO*, C-86 du 10 avril 2002, p. 3 ; la résolution du Parlement européen du 30 mai 2002 sur le Livre vert de la Commission sur la promotion d'un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, *JO*, C-187 E du 7 août 2003, p. 180 ; la résolution du Parlement européen du 13 mai 2003 sur la communication de la Commission concernant la responsabilité sociale des entreprises : *une contribution des entreprises au développement durable*, *JO*, C 67 E du 17 mars 2004, p. 73.

(14) Communication de la Commission : « Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises », *COM* (2006) 136 final du 22 mars 2006.

(15) Voy. I. Daugareilh, « La Responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne », *Sociologie du travail*, 2009.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

La communication de la Commission de 2011 (16) constitue un tournant, car elle propose dans ce contexte une nouvelle approche, plus interventionniste, mais qui s'inscrit également dans la stratégie de croissance et d'emploi à l'horizon 2020 (17), liant ainsi la RSE à l'Acte pour le marché unique (18). La responsabilité sociale doit être envisagée désormais comme un outil de performance qui contribue à créer des avantages concurrentiels pour les entreprises et ne doit plus être considérée comme une charge à supporter. Les valeurs éthiques, environnementales et sociales, qui sont de plus en plus importantes aux yeux des consommateurs en période de crise, deviennent, par conséquent, un enjeu de marché. Dès lors, abandonnant l'idée que la RSE doit relever du seul domaine de compétence des entreprises, la Commission estime que les pouvoirs publics doivent jouer un rôle et impulser une dynamique d'action. Il s'agit « d'un rôle de soutien combinant intelligemment des mesures politiques facultatives et, le cas échéant, des dispositions réglementaires complémentaires ». Tout l'enjeu pour l'Union consiste à tenter d'associer les finalités économique et protectrice, dans une approche à la fois libérale et encadrante.

De fait, la définition de la RSE a été modifiée et élargie : il ne s'agit plus seulement d'un « concept » désignant des engagements volontaires, mais d'une « responsabilité ». Celle-ci vise « les entreprises vis-à-vis de leurs effets sur la société », ce qui recouvre toute préoccupation sociale, environnementale ou se référant aux droits de l'homme bien évidemment. Pour s'acquitter de cette responsabilité, les entreprises doivent engager une « collaboration étroite avec leurs parties prenantes », c'est-à-dire entreprendre des négociations avec elles, ce qui suggère un comportement positif, différent sur ce point même de la rédaction de la norme ISO 26000, qui n'impose, quant à elle, qu'une information à l'égard de ces parties.

La mise en œuvre de cette approche repose dans la communication sur un programme d'action en huit points. À côté de ceux (6) qui prévoient des opérations de communication ou de promotion de la RSE, deux autres suggèrent de soutenir le « [r]approchement entre les conceptions mondiales et européennes de la RSE » et le « renforcement du processus de corégulation ». La Commission ne se démarque donc pas des sources internationales

(16) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », *COM* (2011) 681 final du 25 octobre 2011.

(17) Les initiatives énoncées dans la Stratégie Europe 2020 qui se réfèrent à la responsabilité sociétale sont la Politique industrielle intégrée à l'ère de la mondialisation, *COM* (2010) 614 ; la Plate-forme européenne contre la pauvreté et l'exclusion sociale, *COM* (2010) 758 ; la Stratégie pour des compétences nouvelles et des emplois, *COM* (2010) 682 ; Jeunesse en mouvement, *COM* (2010) 477. Il convient d'évoquer l'initiative « Une Union de l'innovation », *COM* (2010) 546 et l'initiative phare « Une Europe efficace dans l'utilisation des ressources », *COM* (2011) 21 et *COM* (2011) 571.

(18) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Acte pour le marché unique-Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance ; Ensemble pour une nouvelle croissance*, Acte 1 : *COM*/2011/0206 final ; Acte II : *COM* (2012) 573 final.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

et entend même « favoriser l'harmonisation des règles du jeu à l'échelle mondiale ». À côté des principes directeurs de l'O.C.D.E., du Pacte mondial des Nations unies, des principes de l'O.I.T. concernant les entreprises multinationales et la politique sociale, la Commission accorde à la norme ISO 26000 une valeur identique aux autres instruments.

Sur le fond, l'on peut retenir que les droits de l'homme sont devenus une composante beaucoup plus importante de la RSE. En raison de la « nature multidimensionnelle » de celle-ci, ils deviennent un socle minimal, promouvant « une communauté de valeurs ». Évidemment, ces propos peuvent paraître surprenants dans la mesure où l'Union est dotée d'un mécanisme complet de protection des droits fondamentaux. Mais il est vrai que, pour cibler directement les entreprises, il s'avère insuffisant.

Dans tous les cas, si la déférence au droit international est de principe sur cette question, il semble que, du point de vue formel, la mise en œuvre s'en distingue. La réappropriation par l'Union de la responsabilité sociétale se traduit, en effet, par le choix de techniques spécifiques telles que la corégulation qui, elle-même, devrait encourager pour l'Union le développement de la normalisation européenne.

B. – Corégulation et normalisation : les outils clés de promotion des droits de l'homme à l'égard des entreprises

La mention expresse de la technique de la corégulation à propos de la RSE ne doit pas surprendre, car elle est au cœur d'une évolution majeure de la conception du droit de l'Union européenne qui a conduit les institutions à promouvoir des méthodes innovantes de régulation, afin de remplir les objectifs de simplification et d'amélioration de la législation (19) définis par le Livre blanc de 2001 sur la gouvernance (20). Les première initiatives ont été complétées par les communications intitulées « Pour une réglementation intelligente » et « Pour une réglementation bien affûtée et performante », destinées à inscrire cette évolution dans la politique « Horizon 2020 ».

Ces textes, abondamment commentés tant en qui concerne leur teneur que leur dimension « communicationnelle », font ressortir cette transformation du droit sous deux aspects : d'abord à travers la finalité économique qui les transcende : mettre l'accent sur la compétitivité des entreprises et contribuer à la diminution des coûts de la législation ; ensuite, par l'évolution des méthodes de réglementation qui couvrent désormais des techniques d'externalisation faisant appel à des acteurs privés dans le processus législatif. C'est le cas des modes « alternatifs » que sont la corégulation

(19) Th. Berns, P.F. Docquir, B. Frydman, L. Hennebel et G. Lewkowicz, *Responsabilités des entreprises et co-régulation*, coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; F. Péraldi Leneuf, « Vers une externalisation de la production du droit de l'Union européenne, l'exemple de la co-régulation », in S. de la Rosa et F. Péraldi Leneuf (dir.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Cahiers de l'IREDIES, Paris, Pedone, 2013.

(20) Livre blanc sur la gouvernance européenne, *COM*(2001) 428 final.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

et l'autorégulation dont l'accord interinstitutionnel « mieux légiférer » de 2003 (21) détaille les conditions et limites.

La corégulation présente un intérêt particulier par rapport à l'autorégulation à propos de la RSE, car elle favorise un encadrement institutionnel de celle-ci qui n'existe pas dans le premier cas. L'accord « mieux légiférer » prescrit, par exemple, que la corégulation doit « représenter une valeur ajoutée pour l'intérêt général ». Cette exigence contraint les régulateurs privés et publics à évaluer les effets généraux bénéfiques de la corégulation sur la société. La « valeur ajoutée » vise la dimension novatrice du domaine corégulé qui ne pourrait faire l'objet d'une législation ou d'une réglementation publique. Par ailleurs, la Commission doit veiller « à ce que le recours aux mécanismes de corégulation [...] respecte les critères de transparence (publicité) et de représentativité des parties impliquées ». Enfin, le Parlement et le Conseil peuvent proposer des modifications ou s'opposer à l'entrée en vigueur de la corégulation.

L'un des exemples les plus intéressants de corégulation est justement le renvoi aux normes techniques tel que mis en œuvre par la « nouvelle approche de 1985 », s'inspirant du modèle allemand. La référence aux normes dans la législation a rapidement pris une ampleur considérable du fait que les normes sont des outils stratégiques souples et adaptables (22). À partir des années 2000 (23), la normalisation européenne est devenue une méthode alternative de régulation contribuant à l'allègement des textes. Par ailleurs, elle est aussi largement promue par les industries qui la considèrent, ainsi que le démontre une étude récente de l'Association française de normalisation (Afnor), comme un moyen de réduction des coûts, de fluidité des échanges, de renforcement de la productivité et, donc, de croissance. Plus concrètement, les parties ont recours à des « mandats » (24) qui sont les instruments de coopération bilatéraux entre partenaires privés et publics. Tous les domaines de politiques publiques européennes sont concernés : la politique industrielle, la politique agricole, la protection des consommateurs, de l'environnement, la politique des transports, etc.

L'activité de normalisation semble, selon nous, particulièrement appropriée pour réguler la RSE et encourager le respect des droits de l'homme par les entreprises. La Commission peut confier au normalisateur européen,

(21) Voy. l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », *JO*, C-321 du 31 décembre 2003, p. 1, et la communication de la Commission, « Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne », *COM* (2005) 97.

(22) F. Péraldi Leneuf, « Le poids de la normalisation dans l'Union européenne », in H. Aubry, A. Brunet et F. Peraldi Leneuf (dir.), *Aspects actuels de la normalisation en France et dans l'Union européenne*, Aix-Marseille, PUAM, juin 2012.

(23) F. Peraldi Leneuf, « La normalisation : une alternative à la réglementation », revue *Constructif*, février 2011. Voy. aussi H. Aubry, A. Brunet et F. Peraldi Leneuf (dir.), *Aspects actuels de la normalisation en France et dans l'Union européenne*, Aix-Marseille, PUAM, juin 2012.

(24) *Vade-Mecum on European Standardisation, Part II, European Standardisation in Support of European Policies*, Chapter 4.1, Role and preparation of mandates, 15 octobre 2009.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

par mandat, le soin d'adopter une ou des normes européennes qui définiront les obligations des entreprises, selon un modèle « contractuel » donc, à l'instar de la norme ISO 26000. Cet outil est d'autant plus pertinent que la Commission a entrepris une réforme de la normalisation en 2012 (25) afin de la rendre plus représentative, transparente et démocratique, par transposition des principes définis par l'O.M.C. pour l'élaboration des standards techniques internationaux (transparence, ouverture, impartialité, consensus, efficacité, pertinence et cohérence) (26).

Cet encadrement plus étroit est d'autant plus essentiel que la normalisation s'approprie, elle aussi, désormais un domaine nouveau (27), ce qui pose la question de la légitimité du processus, ainsi que celle de l'autorité du contenu des droits qui y trouvent une consécration.

II. – Remarques sur la légitimité et l'autorité des droits de l'homme dans les normes techniques à l'appui de l'exemple de la norme ISO 26000

Dans la meure où est en cause un processus de régulation faisant appel à une norme privée, au-delà des conditions procédurales de la corégulation, la légitimité de la norme intégrant les droits de l'homme dépend surtout de sa représentativité. Elle se fonde sur la nature contractuelle (ou négociée) de celle-ci et, donc, sur le consensus qui permet son élaboration (A). L'autorité des droits de l'homme touche aussi à leur contenu. À l'appui de l'exemple de la norme ISO 26000, il semble qu'elle inaugure une nouvelle rationalité fondée sur une conception hybride des droits de l'homme destinés aux organisations, conjuguant concepts autonomes et références appuyées au droit international (B).

A. – Une légitimité sociétale due à la nature contractuelle et inclusive des normes

De nombreux observateurs considèrent que la légitimité de la norme ISO 26000 provient de son processus d'adoption. Elle est issue, en effet, d'une initiative des consommateurs au début des années 2000, et non de l'indus-

(25) Dans l'Union européenne, une réforme de la normalisation est en cours depuis 2010 afin que, dans la perspective des grands enjeux auxquels elle serait associée dans les quinze prochaines années (informatique, services), son fonctionnement puisse être exempt de doutes et de contestation sur le plan démocratique : voy. proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, *COM*(2011) 315 final, relatif à la normalisation européenne.

(26) Voy. Rapport 2010/2051(INI) du 21 octobre sur « L'avenir de la normalisation européenne » ; Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, rapporteur : Edvard Kožušník.

(27) P. Mazeau, « La responsabilité sociétale : une nouvelle frontière pour la normalisation », *Responsabilité & environnement*, n° 67, juillet 2012 ; voy. aussi F. Péraldi Leneuf, « L'extension de la normalisation au secteur des services », in H. Aubry, A. Brunet et F. Péraldi Leneuf (dir.), *Aspects actuels de la normalisation en France et dans l'Union européenne* », Aix-Marseille, PUAM, 2012.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

trie, comme c'est le cas pour la plupart des normes techniques, par l'intermédiaire de l'organisme qui les représente à l'ISO, le COPOLCO (28). Comme l'explique l'un des participants français au forum (29), les experts sollicités ont proposé un processus *ad hoc* afin de recueillir la plus grande adhésion possible dans le monde. La plate-forme a permis, par conséquent, la rencontre de très nombreuses parties prenantes, consommateurs, syndicats, gouvernements, entreprises, garantissant une multiplicité d'intérêts, qui a même dépassé largement le cadre de l'ISO.

La norme adoptée en 2010 se présente dès lors comme un texte englobant et inclusif (30). Elle fournit une vision contractualiste de la RSE (31) : une sorte de contrat moral qui lie les acteurs sur la base d'engagements privés (32) et a pour effet, ainsi que cela est bien précisé dans le texte, qu'elle est dépourvue de tout effet obligatoire et n'est pas non plus un document certifiable.

Les droits de l'homme contenus dans la norme sont l'émanation du même processus, de la même adhésion, des mêmes acteurs et ont la même vocation à l'universalité. Ils endossent de fait la valeur de la norme et constituent pour cela « des droits à la carte » sans contrainte formelle et sans sanction, *a contrario* des principes traditionnels qui forgent la force des droits de l'homme dans les ordres juridiques : l'applicabilité directe, éventuellement l'invocabilité, la juridictionnalisation. Certains considèrent évidemment que la contractualisation implique un risque de dilution, d'application inégalitaire des droits, amplifié par le risque de remise en cause du principe juridique d'universalité et d'inaliénabilité, voire un risque de dénaturation des droits.

En raison de leur détachement des ordres juridiques, il semble, en revanche, que leur légitimité se rattache à d'autres circonstances. Elle est fondée plutôt sur la valeur inclusive de la norme et des engagements inscrits. Elle serait d'ordre éthique et moral. Il convient de préciser ici que l'idée de compléter les principes de responsabilité sociétale par des références aux droits humains s'est imposée sous la pression des associations régionales ou universelles représentatives. Fortement soutenue par les Européens et la

(28) Comité de l'ISO pour la Politique en matière de Consommation.

(29) C. Brodhac, « La double dimension procédurale et substantive de l'ISO 26000 », *op. cit.*

(30) Cette expression est employée par la Commission européenne dans la communication relative à la Stratégie Europe 2020, intitulée « Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », *COM*(2010) 2020 final, Bruxelles, le 3 mars 2010. Une croissance inclusive est fondée sur une économie à fort taux d'emploi favorisant la cohésion économique, sociale et territoriale.

(31) C. Brodhac, « La double dimension procédurale et substantive de l'ISO 26000 », *op. cit.*

(32) Sur la normativité de la RSE : I. Daugareilh, « La dimension internationale de la responsabilité sociale des entreprises européennes : observations sur une normativité à vocation transnationale », in M.A. Moreau, F. Caffagi et F. Francioni, *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale d'entreprise*, Aix-Marseille, PUAM, 2007, pp. 275-307 ; M.A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

francophonie (33) , elles défendaient une conception intégrative des droits de l'homme, dépassant le cadre de l'État, afin de contourner l'obstacle à la garantie des droits que peut constituer l'absence de législations nationales ou l'insuffisante protection des constitutions. Le combat de la société civile pour cette reconnaissance fut un engagement idéologique (la moralisation de l'entreprise), mais aussi assorti, bien évidemment, d'un impératif économique (la valorisation des activités de l'entreprise).

La légitimité qui en découle s'accomplirait paradoxalement dans leur application différenciée et dans leur potentialité d'interprétation (34). Certains auteurs évoquent l'idée d'une « méta-norme » qui, au-delà des principes juridiques, préconise des comportements, interfère sur les modes de gouvernance et développe un ensemble de principes nouveaux. Les droits de l'homme négociés seraient donc des « méta-droits ». Sans aller jusque-là, reconnaissons que la RSE a acquis, depuis l'adoption officielle de la norme ISO 26000 en 2010, une force d'influence incontestable.

Si la légitimité des droits de l'homme dans la norme ISO est à rechercher dans leur adhésion et leur capacité de rayonnement, leur autorité émane aussi d'une nouvelle rationalité fondée sur une interdépendance entre principes publics et engagements privés.

B. – Une nouvelle rationalité, fondée sur une conception hybride des droits de l'homme au bénéfice des entreprises.

Cette rationalité procède de la conception conciliatrice évoquée. Elle se manifeste dans la norme ISO 26000 par le compromis, la dualité que l'on peut observer dans son contenu entre le respect des principes du droit international public et la création d'obligations propres, autonomes pour les entreprises (1). Elle se manifeste également par une évolution, voire une mutation, des concepts et de la nature de la responsabilité des entreprises (1).

1. – Le dualisme des droits de l'homme dans la norme : entre autonomie et légalisme

En raison de la participation des gouvernements et des organisations internationales à la conception de la norme ISO 26000, le contenu des dispositions relatives aux droits de l'homme laisse nettement apparaître un dualisme : d'un côté, un légalisme, qui prend la forme d'un principe impératif de respect du droit (35) ; d'un autre côté, une autonomisation par rapport

(33) *Les droits de l'Homme au cœur de la responsabilité sociale des entreprises (RSE)*, rapport de la délégation à la paix, à la démocratie et aux droits de l'homme, Organisation internationale de la francophonie, 2012.

(34) A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, *Études offertes à J. Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, p. 541.

(35) Voy. art. 4.6 Respect du principe de légalité. « Le principe est le suivant : il convient qu'une organisation accepte que le respect du principe de légalité soit obligatoire. Le principe de légalité se réfère à la suprématie du droit et, en particulier, à l'idée, d'une part, qu'aucun

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

aux notions juridiques traditionnelles qui prend la forme de formules « adaptées », voire d'une rédaction spécifique des droits humains.

La norme ISO transmet donc une vision souvent ambiguë, mi-étatiste ou institutionnelle, mi-privée ou contractuelle. L'article 6.3 est assez révélateur de cette dilution. D'une part, la définition des droits de l'homme qu'il fournit est tellement vaste qu'elle en apparaît presque simpliste : « Les droits de l'homme sont les droits fondamentaux auxquels tous les hommes ont droit du fait que ce sont des êtres humains. » D'autre part, l'article distingue ensuite classiquement deux catégories de droits : les droits civils et politiques, et les droits économiques, sociaux et culturels, de telle sorte que la norme ISO puise une légitimité dans les textes officiels qui les consacrent.

Par ailleurs, les termes choisis, reflets de l'interprétation négociée et inclusive, laissent l'impression de la reconnaissance de droits nouveaux ou revisités. La notion de discrimination, par exemple, est envisagée de la façon la plus vaste possible. Elle est une « distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet d'annihiler toute égalité des chances ou de traitement, sous-tendue par un raisonnement fondé sur le préjudice plutôt que sur un motif légitime ». Son contenu diffère aussi des déclarations internationales. Outre les motifs de distinction traditionnels, de nouveaux critères font leur apparition, tels que « les avoirs, l'état de santé, le statut matrimonial, l'infection par le VIH ou la séropositivité, la caste, la grossesse, des motifs économiques ».

De nombreux autres articles regorgent de concepts singuliers tels que « normes internationales de comportement », « comportement éthique », « responsabilité de rendre compte », « droit à l'habillement », « droit au travail dans des conditions justes et favorables », « droit de vivre dans la dignité », « droit d'être protégé contre la torture », « absence d'immixtion arbitraire dans la famille », « droit à un procès en bonne et due forme », autant d'expressions qui peuvent laisser envisager aussi une protection minimale (36).

Ces compromis ont nécessairement pour conséquence que la responsabilité qui pèse sur les entreprises en matière de protection des droits de l'homme se distingue fondamentalement de celle qui pèse sur les États et participe à sa mutation, ou à sa diversification. Il reste à se demander si la

---

individu ou organisation n'est au-dessus des lois, et d'autre part, que les pouvoirs publics y sont également soumis. Le principe de légalité est en opposition avec l'exercice arbitraire du pouvoir. Il sous-entend généralement que les lois et la réglementation sont écrites, diffusées publiquement et appliquées de manière équitable conformément à des procédures établies. Dans le contexte de la responsabilité sociétale, le respect du principe de légalité implique qu'une organisation se conforme à toutes les législations et réglementations en vigueur. Cela signifie qu'il convient que l'organisation agisse pour prendre connaissance des lois et réglementations en vigueur, pour informer les personnes appartenant à l'organisation qu'elles sont tenues d'observer et de prendre des mesures de manière à les respecter [...]. »

(36) On se reportera aussi à l'art. 2 « Termes, définitions et abréviations ». On trouve ainsi une définition de l'égalité des sexes à l'art. 2.1.7 : « Traitement équitable des femmes et des hommes, conformément à leur intérêts et besoins respectifs ». Le développement durable est défini au pt 2.1.23 comme « [d]éveloppement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

corégulation permet des contrôles du droit de l'Union européenne sur la bonne application de ces principes.

2. – Le droit de l'Union et l'évolution des principes de responsabilité

Les entreprises sont soumises, dans la norme ISO, indépendamment des États et sans qu'il y ait substitution de responsabilité, à trois sortes d'« obligations » : une « *obligation de vigilance* » ; « la *prévention de la complicité* », « la *résolution de griefs* ». Elles doivent être bien évidemment lues à la lumière des principes généraux de la responsabilité sociétale et, notamment, de celui de « rendre compte » (37), qui impose d'être comptable de ses décisions, résultats et activités et de prévoir les mécanismes d'évaluation associés.

Sans s'étendre sur le sens et le contenu précis de ces exigences, l'on observera qu'elles contribuent à forger une responsabilité particulière, distincte de celle à laquelle les États sont soumis traditionnellement qui est de « promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme et de veiller à leur réalisation ». Cette responsabilité-là se fonde sur des obligations positives et négatives, dont le non-respect conduit à sanctionner juridictionnellement les autorités publiques. De fait, comme le précise la norme ISO : « La responsabilité sociétale ne peut remplacer, altérer ou modifier, de quelque façon que ce soit, le devoir de l'État de mettre en œuvre l'intérêt public. Du fait que l'État est le détenteur unique du pouvoir de créer et de faire respecter la loi, il diffère des organisations. »

Étant dénuée de sanctions ou de conséquences juridiques, la responsabilité des entreprises consiste, en revanche, en des engagements de prévention et de précaution qui se manifestent par une gestion anticipée des risques de violation. Elle implique un comportement à la fois transparent et éthique, de prendre en compte les intérêts des parties prenantes, de respecter les lois en vigueur et d'être en cohérence avec les « normes internationales de comportement ». L'entreprise doit aborder cette responsabilité au sein même de sa société ; dans ses relations avec les parties prenantes ; au niveau des relations entre les parties prenantes et la société. Enfin et surtout, l'entreprise doit être indépendante du fait « que l'État soit capable d'assurer son devoir de protection ou non désireux de le faire ». Si l'État manque à son devoir, l'organisation peut être « dans l'obligation de prendre des mesures supplémentaires ».

La mise en place de tels engagements responsables bouleverse certainement l'état du droit. Mais, s'il est évident que le niveau de protection, parce qu'il est issu d'une négociation, ne répond pas aux standards du droit international, les entreprises ne sont pas exemptes de responsabilité civile ou

(37) Il s'agit de la « responsabilité d'une organisation vis-à-vis de ses décisions et activités, et état consistant à être comptable desdites décisions et activités à ses organes directeurs, ses autorités constituées et, plus largement, à ses autres parties prenantes ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

pénale dans leurs ordres nationaux, selon les circonstances, s'il était établi un lien de causalité entre le fait dommageable ou l'infraction commise avec l'un des engagements de la responsabilité sociale. Le droit de l'Union européenne, rappelons-le, contient un régime complet de responsabilité du fait des produits défectueux associé à une obligation générale de sécurité, imputable aux professionnels afin d'assurer un marché sûr et protecteur pour les consommateurs et utilisateurs de produits et services (38).

S'agissant de la corégulation, l'on peut, en revanche, se demander si cette technique pourrait permettre de contrôler les principes de la responsabilité « participative » des entreprises. Une étude approfondie ici dépasserait largement le cadre de cette étude. Simplement, l'on observera que l'accord interinstitutionnel sur la corégulation permet à la Commission européenne, ainsi qu'au législateur, de veiller à la mise en œuvre de celle-ci. Il prescrit qu'il revient à l'autorité législative compétente de « définir dans ledit acte les mesures pertinentes pour le suivi de l'application, en cas de non-respect par une ou plusieurs parties impliquées ou en cas d'échec de l'accord. Ces mesures peuvent consister, par exemple, à prévoir une information régulière de l'autorité législative par la Commission sur le suivi de l'application, ou une clause de révision selon laquelle la Commission fait rapport au terme d'un certain délai et propose, le cas échéant, une modification de l'acte législatif ou toute autre mesure législative appropriée » (39). Ainsi, pour tout type d'acte de corégulation, l'efficacité dépend des dispositifs d'autocontrôle et d'autodiscipline qu'ils prévoient et de la mise en place de procédures de suivi et de contrôle, tels des mécanismes d'information régulière, des rapports, des clauses de révision. Il serait possible aussi d'envisager la mise en place de sanctions adéquates non juridictionnelles en cas de défaillance ou de mauvaise réalisation : mécanismes d'alerte, retrait de labels, listes noires. Il serait possible, enfin, de recourir aux modes alternatifs de règlement des litiges et autres dispositifs de conciliation et de médiation (40) sur la base de la recommandation de la Commission sur ce sujet (41).

---

(38) Directive 85/374/CEE, du 25 juillet 1985, *J.O.C.E.*, L 210 du 7 août 1985, modifiée par la directive 1999/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 mai 1999, *JO*, L 141 du 4 juin 1999 ; directive 92/59 du Conseil du 29 juin 1992, *J.O.C.E.*, L 228 du 11 août 1992, modifiée par la directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité générale des produits, 3 décembre 2001, *JO*, L 11 du 15 janvier 2002.

(39) *Idem*.

(40) Des initiatives existent déjà : le règlement amiable des différends transfrontaliers concernant la publicité ; un règlement simplifié des différends de vente directe, en liaison avec le code de conduite adopté en ce domaine ; un règlement simplifié des différends de contrats de tourisme hôtelier, conclu en annexe au code de conduite en ce domaine ; un réseau de règlement simplifié des litiges de consommation à la suite de l'initiative (EJE) de réseau extrajudiciaire européen, initiée en 2001 sur impulsion de la Commission européenne avec l'appui d'un réseau d'associations financières ; un règlement simplifié des différends de consommation, conclu par Eurocommerce et Eurochambres en 2002 ; un réseau de règlement simplifié des différends concernant les services financiers à la suite de l'initiative Fin-Net initiée par la Commission européenne avec des associations financières et de consommateurs en 2002.

(41) Recommandation de la Commission du 30 mars 1998 (98/257) concernant les principes applicables en matière de médiation dans les litiges concernant les consommateurs.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

En conclusion, on le voit, l'intégration de la référence aux droits de l'homme à destination des entreprises dans les normes techniques, pour singulière qu'elle paraisse *a priori*, n'en est pas un phénomène actuel et réel. S'il a subi une évolution chaotique, partant de l'incapacité des pouvoirs publics à l'appréhender, à la nécessité aujourd'hui de l'encadrer et de le soutenir institutionnellement, il consacre aujourd'hui le fait, comme l'a rappelé une étude, que les normes de *soft law* « s'affirment comme un domaine propice à l'innovation juridique dans un contexte de mondialisation » (42). Il nous reste à suivre cette évolution plus que remarquable et complexe du droit de l'Union, qui n'en est certainement qu'à ses balbutiements.

(42) Th. Berns, P.F. Docquir, B. Frydman, L. Hennebel et G. Lewkowicz, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2007.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Réflexion sur une évolution singulière : la référence aux droits de l'homme dans les normes techniques
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

VERS UNE MEILLEURE CONCILIATION DES SERVICES D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL AVEC LA CONCURRENCE ET LE MARCHÉ INTÉRIEUR

Fabrice PICOD

Professeur à l'Université Panthéon-Assas
Chaire Jean Monnet
Directeur du Centre de droit européen

Compte tenu de leur sensibilité et des images qu'ils sont susceptibles de véhiculer dans la société, la concurrence, le marché intérieur et les services d'intérêt économique général ont fait l'objet de beaucoup d'attention lors de la révision des traités. Ces notions ont donné lieu à deux protocoles successifs annexés aux traités constitutifs : le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général et le protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence.

Les services d'intérêt économique général font figure de valeurs communes de l'Union. Ils sont, en effet, reconnus comme tels par l'article 14 TFUE qui leur est spécialement consacré, dans le prolongement de l'article 16 TCE qui avait été inséré par le Traité d'Amsterdam en vue de les valoriser (1). Leur rôle dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union est expressément souligné par cet article qui sert désormais de référence aux avocats généraux de la Cour de justice et au Tribunal pour rappeler l'importance des services d'intérêt économique général pour l'Union européenne et la nécessité de garantir le bon fonctionnement de ces services (2).

L'article 14 TFUE offre désormais une base juridique solide au législateur européen qui est ainsi en mesure d'établir des principes et de fixer des conditions, sans préjudice de la compétence des États membres de fournir, de faire exécuter et de financer ces services. En outre, l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux dispose que « l'Union reconnaît et respecte

(1) Voy., sur ces aspects, L. GRARD, « Libre concurrence et services publics avec ou sans Constitution », *R.A.E.*, 2006/2, pp. 255 et s. ; M. DONY, « Les notions de service d'intérêt général et de service d'intérêt économique général », in J.-V. LOUIS et S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 3 et s. ; et, de manière approfondie, D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, coll. Contratti et Commercio Internazionale, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 174-203.

(2) Voy. not. TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a. c. Commission*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, pt 167 ; TPICE, 26 juin 2008, *SIC c. Commission*, aff. T-442/03, *Rec.*, p. II-1161, pt 196 ; TPICE, 22 octobre 2008, *TV 2/Danmark e.a. c. Commission*, aff. jtes T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, *Rec.*, p. I-2935, pt 102.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union » (3).

Compte tenu de l'ambiguïté créée par les formulations des dispositions des traités constitutifs et de la sensibilité du sujet, un protocole n° 26 sur les services d'intérêt général a visé à mettre en lumière le rôle des autorités nationales, régionales et locales, la diversité des services et la disparité des besoins, ainsi que l'exigence de niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accès aux services. Il a par ailleurs réaffirmé la compétence exclusive des États membres en ce qui concerne la fourniture, l'exécution et l'organisation des services non économiques d'intérêt général.

On a constaté que la formulation des dispositions liminaires des nouveaux traités issus du Traité de Lisbonne avait changé par rapport à celle qui découlait du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, de manière à ne pas susciter des réactions de rejet de la part de la population : l'article 3, paragraphe 3, du TUE ne fait plus référence à un marché intérieur « où la concurrence est libre et non faussée » suivant la formulation qui avait été retenue à l'article I-3, paragraphe 2, du traité constitutionnel. Il met désormais sur un même plan le marché intérieur et toute une série d'exigences communément admises, telles qu'une croissance économique équilibrée, la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive et un niveau élevé de protection de la qualité de l'environnement. La concurrence ne devait plus apparaître dans cet article 3 de manière à ne plus être considérée comme un objectif en tant que tel (4). Pour autant, le rapport indissoluble entre le marché intérieur et la concurrence a été rétabli dans le protocole n° 27 qui indique que le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 3 du TUE comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée.

À la lecture des dispositions liminaires des traités constitutifs éclairées par ces deux protocoles, on pourrait penser que l'opposition entre les services d'intérêt économique général, d'une part, et le marché intérieur et la concurrence, d'autre part, est inappropriée dans la mesure où elle conduit à confronter des exigences qui ne se situent pas sur le même plan : de simples moyens au service d'objectifs contre des valeurs communes. Une telle objection conduirait toutefois à empêcher ou à priver d'effet toute confrontation entre des notions fondamentales du droit européen alors qu'une disposition du traité, tel l'article 106, paragraphe 2, TFUE, conduit précisément à ce type de confrontation.

---

(3) Concernant ces fondements, voy. not. J. VAN DE GRONDEN et C.S. RUSU, « Services of general (economic) interest post-Lisbon », in M. TRYBUS et L. RUBINI (eds), *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 413 et s., spéc. pp. 429-434.

(4) Voy. L. IDOT, « La politique de la concurrence », *ADE*, 2006, pp. 203 et s. ; F. PICOD, « Le statut du droit de la concurrence dans le marché intérieur en vertu des nouveaux traités », in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 407 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

L'article 106, paragraphe 2, TFUE soumet les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général aux règles du traité et notamment celles qui se rapportent au droit de la concurrence, « dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur est impartie » et précise que « le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ».

La Cour de justice souligne que cette disposition, « en permettant, sous certaines conditions, des dérogations aux règles générales du traité [...] vise à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou sociale (ou fiscale) avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles générales de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun » (5).

La Cour oppose ainsi, de manière quelque peu caricaturale, l'intérêt des États membres au maintien d'un service public et l'intérêt de l'Union européenne consistant à faire respecter le droit de la concurrence et du marché intérieur. Il est clair que l'intérêt des États membres doit comprendre celui qui vise à assurer une saine concurrence sur leurs territoires et à faciliter la mise en œuvre des libertés de circulation, de même que l'intérêt de l'Union européenne doit s'étendre à la promotion et à la sauvegarde de services publics, et plus particulièrement ceux que les auteurs des traités constitutifs ont qualifiés de services d'intérêt économique général.

Il reste que l'article 106, paragraphe 2, TFUE invite à une conciliation des intérêts en présence. Comme l'a justement observé Claude Blumann, la mise en œuvre de cette disposition exige des « arbitrages permanents » (6).

Ce sont principalement les autorités nationales, intervenant aux différents échelons de chaque État membre, qui doivent procéder à une telle conciliation en prenant en considération tous les éléments de nature à permettre de vérifier ensuite si certaines restrictions de la concurrence et des libertés de circulation sont nécessaires au maintien, voire au développement, d'un service d'intérêt économique général.

De telles appréciations seront sujettes à contestation devant le juge national, lequel pourra être tenté d'interroger la Cour de justice sur l'interprétation de l'article 106, paragraphe 2, TFUE à titre préjudiciel. Si l'effet direct de cette disposition a pu faire question pendant un temps, compte tenu des pouvoirs importants laissés à la Commission au titre du paragraphe

(5) C.J.C.E., 19 mars 1991, *France c. Commission*, aff. C-202/88, *Rec.*, p. I-1223, pt 12 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 39 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 55 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, pt 103 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, aff. C-219/97, *Rec.*, p. I-6121, pt 93. Voy. également C.J.U.E., 20 avril 2010, *Federutility e.a.*, aff. C-265/08, *Rec.*, p. I-3377, pt 29.

(6) Cl. Blumann, in L. Dubouis et Cl. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 2012, p. 657.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

suivant (7), il est désormais clairement reconnu par la Cour de justice qui a affirmé que cette disposition pouvait être invoquée par les justiciables devant les juridictions nationales afin de faire contrôler le respect des conditions prévues par celle-ci (8).

L'article 106, paragraphe 2, peut être invoqué en vue de déroger à l'ensemble des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles, qu'il s'agisse des ententes (9) ou des abus de position dominante (10), ou des aides d'État (11). Il va également permettre de déroger aux règles relatives aux libertés de circulation, notamment la libre circulation des marchandises et la libre prestation des services (12), même si le doute a pu être entretenu en raison des dispositions expresses telles que l'article 36 TFUE ouvrant des dérogations à ce titre (13). Il peut, enfin, être invoqué pour justifier l'octroi de droits exclusifs constitutifs d'un monopole à caractère commercial dans une mesure contraire à l'article 37 du Traité FUE (14).

Le juge doit garder à l'esprit que la dérogation aux règles fondamentales du traité, prévue par l'article 106, paragraphe 2, TFUE, est d'interprétation stricte (15), ce qui ne signifie pas que le juge entend retenir une « interprétation restrictive », selon la formule malheureuse utilisée par certains auteurs, de cette disposition (16). Compte tenu du caractère dérogatoire de cette disposition, il incombe à l'État membre de démontrer que les conditions d'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE sont réunies (17).

---

(7) C.J.C.E., 14 juillet 1971, *Muller*, aff. C-10/71, *Rec.*, p. 723, pts 13-16 ; C.J.C.E., 10 mars 1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage e.a.*, aff. C-172/82, *Rec.*, p. 555, pt 15.

(8) C.J.C.E., 22 janvier 2002, *Cisal*, aff. C-218/00, *Rec.*, p. I-691, pt 19.

(9) C.J.C.E., 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, aff. C-66/86, *Rec.*, p. 803, pt 54.

(10) C.J.C.E., 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, aff. C-209/98, *Rec.*, p. I-3743, pt 74 ; C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec.*, p. I-8089, pt 56.

(11) TPICE, 27 février 1997, *FFSA e.a. c. Commission*, aff. T-106/95, *Rec.*, p. II-229, pt 172 ; TPICE, 26 juin 2008, *SIC c. Commission*, aff. T-442/03, *Rec.*, p. II-1161, pt 144.

(12) C.J.C.E., 10 février 2000, *Deutsche Post*, aff. jtes C-147/97 et C-148/98, *Rec.*, p. I-825, pt 55.

(13) C.J.C.E., 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. C-72/83, *Rec.*, p. 2727, pt 19 : « ce paragraphe n'exempte cependant pas l'État membre qui a chargé une entreprise d'une telle gestion de l'interdiction de prendre, en faveur de cette entreprise et afin de protéger son activité, des mesures qui entravent, contrairement à l'article 30 du traité, les importations des autres États membres ».

(14) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 32 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Italie*, aff. C-158/94, *Rec.*, p. I-5789, pt 43 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 49.

(15) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 37 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 49 ; C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco*, aff. C-340/99, *Rec.*, p. I-4109, pt 56. Voy. également TPICE, 27 février 1997, *FFSA e.a. c. Commission*, aff. T-106/95, *Rec.*, p. II-229, pt 173 ; TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c. Commission*, aff. T-128/98, *Rec.*, p. II-3929, pt 227 ; Trib. UE, 10 juillet 2012, *TF1 e.a. c. Commission*, aff. T-520/09, pt 104.

(16) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 53.

(17) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 51 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 94 ; C.J.U.E., 29 avril 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-160/08, *Rec.*, p. I-3713, pt 126.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Comme pour toute conciliation d'exigences *a priori* antinomiques, l'appréciation à laquelle les autorités nationales et, le cas échéant, les juges de l'Union se livreront pourra varier en fonction de multiples paramètres. Il apparaît que la conciliation exigée n'a pas été présentée de manière systématique par la Cour de justice comme elle a pu l'être s'agissant, notamment, des dérogations aux libertés fondamentales de circulation telles que les raisons impérieuses d'intérêt général.

L'absence de caractère systématique de la jurisprudence se rapportant aux modalités de la conciliation a conduit à des présentations doctrinales casuistiques empreintes de prudence. L'exercice particulier des *Mélanges*, offerts à un fin juriste attaché à l'esprit de système, doit nous conduire à proposer une grille d'analyse appropriée.

Les obligations imposées à l'entreprise en charge du service d'intérêt économique général devront contribuer à la satisfaction de l'objectif d'intérêt général poursuivi (I). Il importe de vérifier également la nécessité des mesures restrictives dérogatoires pour rendre possible l'accomplissement de la mission impartie (II). Il conviendrait, enfin, d'apprécier la proportionnalité des mesures restrictives au regard des restrictions créées et de prendre en considération des mesures alternatives (III).

I. – Appréciation des obligations imposées au regard de la satisfaction de l'objectif d'intérêt général poursuivi

Dans la mesure où l'article 106, paragraphe 2, TFUE permet de justifier des dérogations aux règles de concurrence et du marché intérieur, il convient de s'assurer que les mesures restrictives découlant d'obligations ou de contraintes imposées à l'entreprise en charge d'un service d'intérêt économique général contribuent réellement à la réalisation d'un objectif d'intérêt général reconnu comme tel.

Il en résulte que les contraintes et obligations imposées à une entreprise chargée de la gestion d'un tel service doivent présenter un lien étroit avec l'objet du service et viser directement à contribuer à la satisfaction de cet intérêt, ce que la Cour de justice a pu parfois souligner (18).

Dans cette perspective, il est nécessaire que les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général aient été clairement investies d'une telle mission par un acte de la puissance publique (19).

(18) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 68.

(19) C.J.C.E., 21 mars 1974, *BRT et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*, aff. C-127/73, *Rec.*, p. 313, pt 20 ; C.J.C.E., 18 juin 1998, Corsica Ferries France, aff. C-266/96, *Rec.*, p. I-3949, pt 47 ; C.J.C.E., 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, aff. C-66/86, *Rec.*, p. 803, pt 55 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 65. Voy. également TPICE, 13 juin 2000, *EPAC c. Commission*, aff. jtes T-204/97 et T-270/97, *Rec.*, p. II-2267, pt 126 ; TPICE, 15 juin 2005, *Olsen c. Commission*, aff. T-17/02, *Rec.*, p. II-2031, pt 186 ; TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a. c. Commission*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, pts 172 et 181 ;

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Il n'est toutefois pas requis qu'il s'agisse d'un acte législatif ou réglementaire, la Cour de justice ayant admis que l'entreprise puisse être chargée de la gestion de tels services en vertu d'une concession de droit public (20). Le fait que la mission a été confiée à une entreprise à la suite d'une demande de celle-ci n'est d'ailleurs pas rédhibitoire (21). Il n'est pas non plus exigé une procédure de mise en concurrence, telle qu'un appel d'offres, pour l'attribution du service d'intérêt économique général (22). Il appartient, dans chaque cas d'espèce, aux autorités administratives ou juridictionnelles nationales de vérifier si l'entreprise missionnaire a effectivement été investie par un acte de la puissance publique (23). Il faut en outre que cet acte définisse clairement les obligations de service d'intérêt économique général (24). Ainsi, les autres opérateurs devraient être en mesure de comprendre les raisons précises pour lesquelles une entreprise missionnaire est ainsi investie d'une telle mission lui permettant de déroger aux règles du droit de la concurrence et du marché intérieur.

Ce qui paraît déterminant aux yeux de la Cour de justice pour l'exercice d'une mission de service d'intérêt économique général est l'accomplissement du service au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle (25).

Dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice, le Tribunal a justement mis en lumière le caractère universel et obligatoire de la mission en tant que critère d'une mission de service d'intérêt économique général (26). C'est à l'État membre mis en cause qu'il appartient de prouver que ces deux caractères sont remplis (27).

S'agissant du caractère universel de la mission, il ne devrait pas être entendu trop strictement. Il n'est pas requis que le service en cause réponde à un besoin commun à l'ensemble de la population sur l'intégralité d'un territoire d'un État membre (28). Il pourra s'agir d'un service qui ne bénéficie qu'à un groupe restreint d'utilisateurs et qui a un champ matériel ou

(20) C.J.C.E., 27 avril 1994, *Almelo e.a.*, aff. C-393/92, *Rec.*, p. I-1477, pt 47 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pts 66 et 67.

(21) TPICE, 15 juin 2005, *Olsen c. Commission*, aff. T-17/02, *Rec.*, p. II-2031, pt 188.

(22) TPICE, 15 juin 2005, *Olsen c. Commission*, aff. T-17/02, *Rec.*, p. II-2031, pt 239 ; TPICE, 26 juin 2008, *SIC c. Commission*, aff. T-442/03, *Rec.*, p. II-1161, pt 145.

(23) C.J.C.E., 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, aff. C-66/86, *Rec.*, p. 803, pt 55.

(24) TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a. c. Commission*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, pt 181.

(25) C.J.C.E., 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.*, p. I-2531, pt 15 ; C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco*, aff. C-340/99, *Rec.*, p. I-4109, pt 53.

(26) TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a. c. Commission*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, pt 172 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Orange c. Commission*, aff. T-258/10, pt 119 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *ILIAD e.a. c. Commission*, aff. T-325/10, pt 124.

(27) Trib. UE, 16 septembre 2013, *Orange c. Commission*, aff. T-258/10, pt 119 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *ILIAD e.a. c. Commission*, aff. T-325/10, pt 124.

(28) TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a. c. Commission*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, pt 186.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

territorial restreint (29).

S'agissant du caractère obligatoire de la mission, il constitue une condition essentielle qui suppose que les opérateurs en charge du service sont en principe tenus d'offrir le service en cause sur le marché en respectant les obligations de service d'intérêt général. Il peut alors s'agir d'une obligation d'exercer une certaine activité commerciale indépendamment des coûts qui y sont liés ou d'offrir certains services à tout citoyen qui y fait appel (30). En revanche, cela ne suppose pas nécessairement que l'opérateur soit tenu de fournir un service d'un contenu clairement prédéterminé (31). Le caractère obligatoire est établi si le prestataire est obligé de contracter, à des conditions constantes, sans pouvoir écarter l'autre partie contractante (32).

L'appréciation de la nécessité des obligations imposées à l'entreprise aux fins de la satisfaction de la mission d'intérêt général soulève des difficultés, ce qui devrait inciter les juridictions nationales à interroger davantage la Cour de justice à ce sujet. Saisie d'un recours en manquement, la Cour de justice a considéré, par exemple, que des obligations en matière d'environnement et d'aménagement du territoire imposées à des entreprises en charge de l'approvisionnement du pays en gaz et en électricité ne satisfont pas à ladite condition de nécessité, à moins qu'il ne s'agisse d'obligations qui soient spécifiques à ces entreprises et à leurs activités (33).

Il n'est pas exclu que les États membres, en définissant les services d'intérêt économique général dont ils chargent certaines entreprises, tiennent compte d'objectifs propres à leur politique nationale et essaient ainsi de les réaliser au moyen d'obligations et de contraintes imposées à ces entreprises, ce que la Cour de justice a pu admettre dans plusieurs affaires (34). Ainsi, un régime de pensions complémentaires est considéré comme remplissant une fonction sociale essentielle dans le système des pensions aux Pays-Bas en raison du montant réduit de la pension légale, calculé sur la base du salaire minimal légal (35). Une telle appréciation liée au contexte et au système applicable dans l'État membre en cause ne pourrait toutefois pas être transposée dans l'ensemble des États membres.

En l'absence de réglementation européenne en la matière, la Commission n'est pas habilitée à se prononcer sur l'étendue des missions de service

(29) TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a. c. Commission*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, pt 187.
(30) TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a. c. Commission*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, pts 188 et 190.
(31) TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a. c. Commission*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, pt 189.
(32) TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a. c. Commission*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, pt 190.
(33) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 69.
(34) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 40 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 56 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, pt 104 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, aff. C-219/97, *Rec.*, p. I-6121, pt 94 ; C.J.U.E., 20 avril 2010, *Federutility e.a.* aff. C-265/08, *Rec.*, p. I-3377, pt 30.
(35) C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, pt 105 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, aff. C-219/97, *Rec.*, p. I-6121, pt 95.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

public incombant à l'exploitant public ni sur l'opportunité des choix politiques pris, ce que le Tribunal a pu rappeler (36). Lors de l'appréciation de l'utilité d'un service public, il nous paraît judicieux que le juge prenne en considération non seulement le droit comparé, mais aussi la législation européenne. En ce sens, la Cour a justement fait référence à la fonction sociale reconnue aux pensions complémentaires par le législateur européen à travers l'adoption d'un ou plusieurs textes (37), alors même que ces textes de droit dérivé de l'Union européenne ne s'attachaient pas à définir les missions de service d'intérêt général admissibles ou souhaitables.

Ce sont des éléments tels que la situation géographique d'une commune et la particularité de son environnement, ainsi que les entreprises performantes du marché, qui pourront être pris en considération par le juge. Ainsi, la Cour de justice a considéré qu'en l'absence d'entreprises capables de traiter les déchets en cause, la commune de Copenhague avait pu juger nécessaire de créer un centre de capacité importante et accorder aux entreprises intéressées à la gestion de ce centre une exclusivité limitée dans le temps et dans l'espace (38).

Au-delà de la nécessité des obligations imposées pour la sauvegarde des intérêts généraux, c'est la nécessité des restrictions au droit de la concurrence et du marché intérieur, autrement dit des dérogations aux règles consacrant des libertés, qui fera l'objet d'une appréciation, ce qui constitue un contrôle situé sur un autre plan.

II. – Appréciation de la nécessité des mesures restrictives dérogatoires en vue de l'accomplissement de la mission

En vertu d'une jurisprudence désormais bien établie et fidèle à la lettre et à l'esprit du traité, l'article 106, paragraphe 2, TFUE ne peut être mis en œuvre que si l'application des règles du traité fait échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission particulière qui a été impartie à l'entreprise investie et si l'intérêt de l'Union n'est pas affecté (39). Il appartiendra en principe à celui qui se prévaut de la dérogation de prouver que ces conditions sont réunies (40). Dans la mesure où elles sont saisies,

(36) TPICE, 27 février 1997, *FFSA e.a. c. Commission*, aff. T-106/95, *Rec.*, p. II-229, pt 108.

(37) C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, pt 106 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, aff. C-219/97, *Rec.*, p. I-6121, pt 96.

(38) C.J.C.E., 23 mai 2000, Sydhavnens Sten & Grus, aff. C-209/98, *Rec.*, p. I-3743, pt 79.

(39) C.J.C.E., 19 mars 1991, *France c. Commission*, aff. C-202/88, *Rec.*, p. I-1223, pt 11 ; C.J.C.E., 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genovo*, aff. C-179/90, *Rec.*, p. I-5889, pt 26 ; C.J.C.E., 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.*, p. I-2531, pt 13 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 43 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 59 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, pt 102 ; C.J.U.E., 28 février 2013, *Ordem dos Tecnicos Oficiais de Contas*, aff. C-1/12, pt 103.

(40) C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco*, aff. C-340/99, *Rec.*, p. I-4109, pt 59. Voy. également TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c. Commission*, aff. T-128/98, *Rec.*, p. II-3929, pts 228-229.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

les juridictions nationales seront tenues d'apprécier « la nature exacte des nécessités en cause » (41).

La Cour de justice souligne qu'il n'est pas nécessaire, pour que les conditions de l'article 106, paragraphe 2, TFUE soient remplies, que « la survie de l'entreprise soit menacée » (42) ni même que « l'équilibre financier ou la viabilité économique de l'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général soit menacé » (43). Il suffit qu'en l'absence de tels droits, « il soit fait échec à l'accomplissement des missions particulières imparties à l'entreprise, telles qu'elles sont précisées par les obligations et contraintes pesant sur elle » (44) ou que « le maintien de ces droits soit nécessaire pour permettre à leur titulaire d'accomplir les missions d'intérêt économique général qui lui sont imparties dans des conditions économiquement acceptables » (45).

La Cour de justice a admis que la charge de la preuve de la nécessité qui pèse sur l'État ne saurait aller jusqu'à exiger qu'il expose de façon circonstanciée les raisons pour lesquelles, en cas de suppression des mesures incriminées, l'accomplissement des missions d'intérêt général dans des conditions économiquement acceptables serait mis en cause (46). De même, il ne devrait pas appartenir à la Commission de se prononcer sur l'efficacité économique de l'exploitation publique dans le secteur qui lui est réservé (47).

Dans le cadre de l'examen opéré, il convient de considérer que l'obligation, pour le titulaire de la mission, d'assurer celle-ci dans des conditions

(41) C.J.C.E., 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, aff. C-66/86, *Rec.*, p. 803, pts 56 et 57.

(42) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 43 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 59.

(43) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 52 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, pt 107 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, aff. C-219/97, *Rec.*, p. I-6121, pt 97 ; C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco*, aff. C-340/99, *Rec.*, p. I-4109, pt 54 ; C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, aff. C-437/09, *Rec.*, p. I-973, pt 76.

(44) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 52 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, pt 107 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, aff. C-219/97, *Rec.*, p. I-6121, pt 97 ; C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco*, aff. C-340/99, *Rec.*, p. I-4109, pt 54 ; C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, aff. C-437/09, *Rec.*, p. I-973, pt 76. Voy. également, suivant une formulation qui ne fait pas référence aux contraintes, C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 95.

(45) C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, pt 107 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, aff. C-219/97, *Rec.*, p. I-6121, pt 97 ; C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco*, aff. C-340/99, *Rec.*, p. I-4109, pt 54 ; C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, aff. C-437/09, *Rec.*, p. I-973, pt 76. Voy. déjà antérieurement C.J.C.E., 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.*, p. I-2531, pt 16 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 53 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 96. Voy., ultérieurement, suivant une formulation proche, C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec.*, p. I-8089, pt 57.

(46) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 58 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Italie*, aff. C-158/94, *Rec.*, p. I-5789, pt 54 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 101.

(47) TPICE, 27 février 1997, *FFSA e.a. c. Commission*, aff. T-106/95, *Rec.*, p. II-229, pt 108.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activité rentables et ceux qui le sont moins, ce qui peut justifier une limitation de la concurrence en ce qui concerne les secteurs rentables que la Cour de justice a admise (48).

L'exclusion de la concurrence ne se justifie pas, dès lors que sont en cause des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs et qui exigent certaines prestations supplémentaires et qui ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif, ce qui a également été constaté par la Cour de justice (49).

Une telle dissociation n'est toutefois pas toujours aisée à opérer, ainsi qu'en témoignent certaines appréciations à titre préjudiciel de la Cour de justice. Dans l'affaire des services ambulanciers, la Cour de justice a considéré que l'extension des droits exclusifs des organisations sanitaires au secteur du transport non urgent de malades leur permet d'assurer leur mission d'intérêt général, touchant au transport urgent, dans des conditions d'équilibre économique, étant observé que la possibilité qu'auraient les entrepreneurs privés de se concentrer sur le transport non urgent, plus lucratif, pourrait porter atteinte à la viabilité économique du service fourni et ainsi affaiblir la qualité et la fiabilité du service (50). Une telle extension ne se justifierait plus s'il apparaissait que les organisations sanitaires n'étaient manifestement pas en mesure de satisfaire en permanence la demande de transport d'urgence et de transport des malades (51). C'est ainsi un élément d'appréciation de l'efficacité des mesures qui entre en considération en vue d'apprécier la nécessité des mesures restrictives. Il appartient ainsi à la juridiction nationale de vérifier si les organisations sanitaires sont à même de fournir ces deux types de services de manière efficace (52).

Le constat a pu être réalisé moins difficilement au sujet de la compensation des pensions. Il est apparu que la suppression du droit exclusif d'un fonds de gérer le régime de pension complémentaire aurait pour effet de voir partir du fonds les « bons risques » et de provoquer une concentration des « mauvais risques », entraînant ainsi une hausse du coût des pensions, ce qui ne permettrait plus au fonds d'accomplir sa mission dans des conditions économiquement acceptables et mettrait en péril son équilibre financier (53).

Les services de distribution du courrier ont pu faire l'objet d'appréciations subtiles.

---

(48) C.J.C.E., 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.*, p. I-2531, pt 17 ; C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec.*, p. I-8089, pt 57.

(49) C.J.C.E., 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.*, p. I-2531, pt 19. Voy. également C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec.*, p. I-8089, pt 59.

(50) C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec.*, p. I-8089, pt 61.

(51) C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec.*, p. I-8089, pt 62.

(52) C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec.*, p. I-8089, pt 64.

(53) C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, pt 108 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, aff. C-219/97, *Rec.*, p. I-6121, pts 98-101.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans l'affaire italienne de la distribution postale universelle, la Cour de justice a admis l'obligation pour les prestataires de services postaux ne relevant pas du service universel de payer un droit postal pour permettre le financement de ce service universel en vue de l'accomplissement de la mission d'intérêt général dans des conditions économiquement équilibrées (54). En même temps, la Cour a justement précisé que les recettes provenant d'un tel droit postal ne devaient pas être supérieures au montant nécessaire pour compenser les pertes subies par l'entreprise en charge du service universel (55), ce qui consiste à interdire toute surcompensation. L'entreprise en charge du service universel devrait à son tour être soumise au droit postal lorsqu'elle fournit un service de courrier exprès qui n'en relève pas et ne devrait pas faire supporter les coûts de ce dernier par le service universel, auquel cas elle aggraverait les charges de celui-ci (56). La Cour considère que l'absence d'un mécanisme de contrôle destiné à permettre de déceler des subventions croisées au profit des activités de l'entreprise en charge du service universel qui n'en relèveraient pas (courrier exprès) ne suffit pas à empêcher la mise en œuvre de l'article 106, paragraphe 2, du Traité FUE (57).

Dans l'affaire allemande de la distribution postale transfrontière, la Cour de justice a été amenée à constater que l'obligation d'acheminer et de distribuer aux destinataires domiciliés sur le territoire allemand des envois déposés en grande quantité auprès des services postaux d'autres États membres par des expéditeurs domiciliés sur le territoire allemand, sans qu'il soit prévu une compensation financière, serait de nature à mettre en danger, dans des conditions économiquement équilibrées, l'accomplissement de la mission d'intérêt général (58).

L'appréciation de la nécessité de la mesure contestée prend un tour particulier lorsqu'il s'agit d'une aide d'État, l'élément lié à la compensation juste ou excessive pouvant être plus facilement mis en lumière. En effet, l'aide ne serait admissible que si elle vise à compenser les surcoûts engendrés par l'accomplissement de la mission et si elle s'avère nécessaire pour assurer des obligations de service public dans des conditions d'équilibre économique (59). La Cour de justice a ainsi considéré que l'article 106, paragraphe 2, TFUE ne pouvait justifier un avantage qui excède les surcoûts de service public imposés par une réglementation nationale (60).

---

(54) C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco*, aff. C-340/99, *Rec.*, p. I-4109, pt 55.
(55) C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco*, aff. C-340/99, *Rec.*, p. I-4109, pt 57.
(56) C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco*, aff. C-340/99, *Rec.*, p. I-4109, pt 58.
(57) C.J.C.E., 17 mai 2001, *TNT Traco*, aff. C-340/99, *Rec.*, p. I-4109, pt 62.
(58) C.J.C.E., 10 février 2000, *Deutsche Post*, aff. jtes C-147/97 et C-148/98, *Rec.*, p. I-825, pt 50.
(59) TPICE, 27 février 1997, *FFSA e.a. c. Commission*, aff. T-106/95, *Rec.*, p. II-229, pt 178. Voy. une confirmation dans C.J.C.E., ord., 25 mars 1998, *FFSA e.a. c. Commission*, aff. C-174/97 P, *Rec.*, p. I-1303, pt 34.
(60) C.J.C.E., 22 novembre 2001, *Ferring*, aff. C-53/00, *Rec.*, p. I-9067, pts 32 et 33.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Dès lors qu'une juridiction nationale est saisie, il lui appartient d'examiner si les mesures protectrices, restrictives des libertés de circulation et/ou de la concurrence, sont nécessaires pour permettre à l'entreprise investie d'une mission de service public d'assurer sa mission (61).

En dépit de ces précisions apportées par la jurisprudence de la Cour de justice, il demeure une importante marge d'incertitude en ce qui concerne les preuves à rapporter et l'étendue des exigences imposées aux États membres qui entendent déroger aux règles fondamentales du traité en vue de faire fonctionner un service d'intérêt économique général. L'examen de la nécessité des droits spécifiques pour l'accomplissement de la mission peut conduire à introduire des éléments de contrôle de proportionnalité (62). La Cour a fait expressément référence à l'exigence de « respect du principe de proportionnalité » dans une affaire où, il est vrai, le service en cause faisait l'objet d'un encadrement précis en vertu d'une directive concernant le gaz naturel (63). On trouve également des références explicites à l'exigence de proportionnalité des mesures protectrices dans la jurisprudence applicable aux aides d'État, le Tribunal indiquant que la mesure contestée, pour bénéficier de la dérogation prévue à l'article 106, paragraphe 2, TFUE, doit satisfaire au principe de proportionnalité (64), ce principe étant appliqué principalement au mécanisme de compensation (65) auquel il est inhérent.

L'examen opéré pourrait tendre vers l'appréciation de la proportionnalité des mesures adoptées non plus seulement au regard de l'objectif poursuivi, à savoir l'accomplissement de la mission de service d'intérêt économique général, mais au regard des restrictions aux échanges et à la concurrence produites dans le marché intérieur. Un tel contrôle conduirait à procéder à des appréciations sur un autre plan. Il pourrait alors tendre à la prise en considération corrélative des mesures alternatives moins restrictives.

(61) C.J.C.E., 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.*, p. I-2531, pt 20 ; C.J.C.E., 27 avril 1994, *Almelo e.a.*, aff. C-393/92, *Rec.*, p. I-1477, pt 50.

(62) Voy., en ce sens, J. Baquero Cruz, « Beyond competition : services of general interest and European Community Law », in G. De Burca (ed.), *EU Law and the Welfare State*, Oxford, OUP, 2005, pp. 179 et s., spéc. p. 194 ; D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, coll. Contratti et Commercio Internazionale, Milano, Giuffrè, 2010, p. 505 ; J. L. Buendia Sierra, in J. Faull et A. Nikpay (eds), *Faull & Nickpay The EU Law of Competition*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2014, § 6.169 ; J. Sirinelli, « Règles de concurrence applicables au secteur public », *J.Cl. Europe*, fasc. 1500, 2014, § 209.

(63) C.J.U.E., 20 avril 2010, *Federutility e.a.*, aff. C-265/08, *Rec.*, p. I-3377, pt 33.

(64) TPICE, 11 juin 2009, *ASM Brescia c. Commission*, aff. T-189/03, *Rec.*, p. II-1831, pt 127 ; TPICE, 11 juin 2009, *Italie c. Commission*, aff. T-222/04, *Rec.*, p. II-1877, point 112.

(65) Voy. not. TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a. c. Commission*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, pts 259 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

III. – L'appréciation de la proportionnalité des restrictions et la prise en considération de mesures alternatives

L'appréciation de la proportionnalité des restrictions au regard des libertés de circulation et de la concurrence au sein du marché intérieur et la prise en considération de mesures alternatives pourraient conduire à un contrôle approfondi des dispositifs mis en place par les États membres en vue d'assurer des missions d'intérêt économique général.

Un tel contrôle auquel les États membres seraient très réticents n'est pourtant pas dénué de fondement, particulièrement dans les traités constitutifs. Il résulte, en effet, expressément de l'article 106, paragraphe 2, seconde phrase, TFUE que le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union européenne. Comme on l'a justement observé, il s'agit toutefois d'une condition sibylline qui peut se prêter à plusieurs interprétations (66).

La condition tenant à la non-affectation de l'intérêt de l'Union européenne, qui peut être légitimement interprétée comme introduisant un élément d'appréciation de proportionnalité (67), a été régulièrement rappelée (68), mais n'a pas été explicitée par la jurisprudence. Elle pourrait signifier que les restrictions imposées pour le fonctionnement du service d'intérêt économique général, *a priori* nécessaires et non disproportionnées pour la réalisation dudit service (69), ne doivent pas non plus conduire à un sacrifice excessif des exigences de liberté de circulation et de libre concurrence au sein du marché intérieur. Ainsi énoncée de manière raisonnable, une telle exigence serait acceptable par les États membres.

La Cour de justice a indiqué, dans un recours en manquement, qu'il appartenait à la Commission d'apporter la preuve du non-respect de la condition tenant à la non-affectation de l'intérêt de l'Union européenne et, tout particulièrement, de définir l'intérêt de l'Union européenne au regard duquel il y a lieu d'évaluer le développement des échanges (70). C'est également au sujet d'une telle condition que la Cour a rappelé l'obligation qui incombait à la Commission en vue d'adresser, en tant que de besoin, des directives ou

(66) A. Maitrepierre et E. Barbier de La Serre, « Article 86 CE », in I. Pingel (dir.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 735 et s., spéc. p. 750.

(67) Voy., en ce sens, J. L. Buendia Sierra, in J. Faull et A. Nikpay (eds), *Faull & Nickpay The EU Law of Competition*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2014, § 6.214.

(68) C.J.C.E., 19 mars 1991, *France c. Commission*, aff. C-202/88, *Rec.*, p. I-1223, pt 11 ; C.J.C.E., 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genovo*, aff. C-179/90, *Rec.*, p. I-5889, pt 26 ; TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c. Commission*, aff. T-128/98, *Rec.*, p. II-3929, pt 227.

(69) Voy. *supra* II.

(70) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 69 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Italie*, aff. C-158/94, *Rec.*, p. I-5789, pt 32 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 113.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

des décisions appropriées aux États membres (71).

Il reste que la jurisprudence de la Cour de justice ne prend pas expressément position sur l'exigence de proportionnalité au regard des restrictions aux échanges et à la concurrence alors que cette condition s'impose habituellement dans l'examen des restrictions classiques au droit de la concurrence et des libertés de circulation. La jurisprudence ne fait pas non plus apparaître clairement, au sujet de l'appréciation des conditions imposées par l'article 106, paragraphe 2, TFUE, la nécessité de rechercher des mesures alternatives entravant de manière moindre les échanges et la concurrence.

Dans des *obiter dicta* d'arrêts en constatation de manquement, la Cour de justice a observé, au sujet de la charge de la preuve, qu'on ne saurait aller encore plus loin en exigeant de l'État membre de démontrer, de manière positive, qu'aucune autre mesure imaginable, par définition hypothétique, ne puisse permettre d'assurer l'accomplissement des missions dans les mêmes conditions (72). Autrement dit, la Cour n'exige pas de l'État membre mis en cause qu'il apporte, pour justifier son comportement et ainsi échapper à la constatation de manquement, les preuves que des mesures moins restrictives ne permettaient pas d'atteindre le même résultat. Se limiter à objecter que de telles preuves ne sauraient reposer sur l'État membre, au motif qu'il est défendeur dans une affaire en manquement, nous paraît méconnaître les exigences de la Cour de justice dans les affaires de constatation de manquement relatives aux libertés de circulation, sans revendication du bénéfice de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, consistant à imposer à l'État membre mis en cause de prouver non seulement la nécessité des mesures restrictives, mais également l'absence de mesures alternatives moins restrictives pour assurer la sauvegarde de l'objectif invoqué (73).

Il arrive que la personne qui a contesté l'existence et les modalités de service d'intérêt économique général propose des mesures alternatives. Dans l'affaire des pensions complémentaires, la Cour de justice s'est alors retranchée derrière la compétence des États membres pour aménager les régimes de sécurité sociale en vue de leur reconnaître une marge d'appréciation, tout en demandant à l'État membre concerné d'examiner si, compte tenu des particularités de son système de pension, la fixation d'exigences minimales lui permettrait encore d'assurer le niveau de pension qu'il vise à garantir (74).

---

(71) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 69 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Italie*, aff. C-158/94, *Rec.*, p. I-5789, pt 32 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 113.

(72) C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/94, *Rec.*, p. I-5699, pt 58 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. Italie*, aff. C-158/94, *Rec.*, p. I-5789, pt 54 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, *Commission c. France*, aff. C-159/94, *Rec.*, p. I-5815, pt 101.

(73) Voy., p. ex., C.J.C.E., 19 mars 1991, *Commission c. Grèce*, aff. C-205/89, *Rec.*, p. I-1361, pt 9 ; C.J.C.E., 25 mai 1993, *Commission c. Italie*, aff. C-228/91, *Rec.*, p. I-2701, pt 27.

(74) C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, pt 122 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, aff. C-219/97, *Rec.*, p. I-6121, pt 112.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans l'affaire des déchets de Copenhague, la Cour de justice a observé qu'une mesure ayant un effet restrictif moindre sur la concurrence, telle qu'une réglementation imposant simplement aux entreprises de faire recycler leurs déchets produits dans la commune, n'aurait pas nécessairement garanti le recyclage des déchets produits dans la commune (75), ce qui revient à rejeter l'argument fondé sur la substitution d'une mesure moins rigoureuse. Le rejet d'un tel argument témoigne déjà d'une réceptivité du juge à son égard, mais on ne saurait en tirer des conséquences décisives.

Dans l'affaire du courrier postal transfrontière, la Cour de justice a accepté le principe du paiement d'une taxe intérieure grevant le courrier expédié à partir d'un autre État membre dans une perspective de compensation, tout en tenant compte de l'absence d'accord entre les États membres concernés des frais terminaux, mais n'impose nullement à l'Allemagne de rechercher une mesure moins restrictive des échanges, consistant, par exemple, à passer un accord avec les principaux États membres concernés.

Ces quelques éléments de discussion devant la Cour de justice témoignent de la pertinence des revendications fondées sur l'existence ou la potentialité de mesures alternatives moins restrictives de la concurrence ou des échanges au sein du marché intérieur en vue d'assurer convenablement la poursuite de la mission d'un service d'intérêt économique général.

Le temps nous paraît venu d'examiner clairement ce type d'argumentation. L'article 106, paragraphe 2, TFUE ouvre une dérogation aux règles de droit de la concurrence et des libertés de circulation au sein du marché intérieur, et non une véritable exception à l'application de ces règles qui conduirait à ne plus les appliquer à partir du moment où les conditions qu'il prévoit seraient remplies. L'article 106, paragraphe 2, TFUE doit opérer comme d'autres dispositions dérogatoires des traités constitutifs, telles que l'article 36 TFUE. Il n'y a pas lieu, selon nous, de lui appliquer un régime spécifique amputé d'une exigence aussi fondamentale que celle de la proportionnalité au regard des restrictions créées.

Si l'orientation actuelle qui découle des nouveaux traités, de la jurisprudence et de l'évolution générale des attentes de la société à l'égard du droit de l'Union européenne ne consiste pas à faire prévaloir les libertés de circulation et la concurrence sur les services d'intérêt économique général, il est toutefois souhaitable d'intégrer de nouveaux éléments dans l'opération de conciliation des intérêts en cause qui, à terme, pourraient avoir pour effet de renforcer le service public et de lui conférer un esprit plus européen.

Il s'agirait ainsi d'appliquer, sans réserve, l'exigence du principe de proportionnalité, laquelle n'est nullement incompatible avec l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire des États membres, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice l'a montré au sujet des mesures dérogatoires aux libertés de circulation visant à sauvegarder l'ordre public.

(75) C.J.C.E., 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, aff. C-209/98, *Rec.*, p. I-3743, pt 80.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

Il conviendrait enfin d'intégrer l'exigence moderne de cohérence (76) dans le contrôle opéré. Autrement dit, le juge serait amené à vérifier si les mesures dérogatoires adoptées en vue de confier à une entreprise une mission de service d'intérêt économique général sont non seulement nécessaires et non disproportionnées au regard tant de l'objectif poursuivi et de l'intérêt de l'Union à faire respecter la concurrence et la liberté des échanges, mais, en outre, si le dispositif mis en place s'inscrit dans un ensemble de missions conçues et aménagées de manière cohérente. Il s'agirait là d'un contrôle approfondi qui pourrait être perçu comme étant excessivement intrusif. Il reste qu'une telle exigence conduirait assurément, au prix de quelques contraintes subies par les États membres et d'aménagements subséquents, à renforcer l'efficacité et la qualité de l'exercice des missions de service d'intérêt économique général au sein de l'Union européenne.

De telles avancées ne pourraient être opérées que si la Cour de justice saisit l'occasion de procéder à une véritable clarification des exigences jurisprudentielles de la conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur, ce qui serait particulièrement souhaitable.

(76) Voy. not. D. Houtcieff, « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », *J.C.P.*, 2009, n° 47, 463, pp. 42 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

LE SERVICE EUROPÉEN D'ACTION EXTÉRIEURE (SEAE), ÉVOLUTIONNISME OU ILLUSIONNISME DU SYSTÈME D'ACTION EXTÉRIEURE DE L'UNION ?

Catherine SCHNEIDER

Chaire Jean Monnet, Directrice du CEJM de Grenoble
Membre du CESICE (EA 2420) de l'Université de Grenoble Alpes

S'il est une instance de l'Union qui, aujourd'hui, illustre au mieux cet évolutionnisme si bien salué par Claude Blumann et qui touche autant son droit que son architecture institutionnelle, c'est bien le Service européen d'action extérieure (SEAE) créé sur le fondement de l'article 27.3 TUE issu du Traité de Lisbonne. C'est d'ailleurs par un processus décisionnel alambiqué que ledit article ainsi que la déclaration n° 15 annexée au traité ont organisé cette création. Ainsi, ce processus témoignait-il déjà des subtils équilibres interinstitutionnels à respecter pour la création d'une instance dont le caractère hybride contribuera à cristalliser de formidables enjeux de pouvoirs « interinstitutionnels » : si l'initiative revenait, en effet, au Haut représentant, la décision qui relevait du Conseil, après consultation du Parlement, nécessitait, en outre, l'approbation de la Commission.

Par ailleurs la déclaration n° 15 prévoyait que, dès la signature du traité, le Secrétaire général Haut représentant pour la PESC, la Commission et les États membres entameraient les travaux préparatoires, ce qu'ils n'ont pas manqué de faire, et qui aura contribué à placer la baronne Ashton dans une situation délicate : si, en effet, dès son entrée en fonction le 19 novembre 2009, elle aura accordé une priorité à la création du SEAE – ce qui, par ailleurs, aura contribué à renforcer les premières critiques opposées à son manque d'investissement sur d'autres fronts de l'action extérieure –, elle aura dû inscrire sa propre action dans un cadre déjà largement circonscrit par des travaux antérieurs, auxquels elle n'avait pas participé (1). En réalité, c'est bien parce que les principaux acteurs du système institutionnel de l'Union avaient vraiment compris les enjeux que recouvre la création de cette nouvelle instance qu'ils se sont attachés à en définir leur conception, au demeurant déjà différente, lors de ces travaux préparatoires.

Après la présentation au Conseil de sa proposition de décision le 25 mars, la baronne Ashton avait ouvert les négociations interinstitutionnelles,

(1) Le Conseil avait, en effet, déjà réalisé deux rapports sur la mise en œuvre du SEAE, le premier sous présidence slovène durant l'été 2008, le second sous présidence suédoise en octobre 2009. Quant au Parlement, il avait déjà adopté, le 22 octobre 2009, le rapport Brok relatif « aux aspects institutionnels de la mise en place du SEAE », 2009/2133(INI).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

qualifiées de « quadrilogue » (2), qui se sont déroulées d'avril à juin et se sont clôturées à Madrid le 21 juin 2010. L'entrée en scène du Parlement dans cette négociation aura résulté du lien qu'il avait expressément établi, dès sa résolution d'octobre 2009, entre la création du SEAE et la nécessaire révision qu'elle implique, de deux règlements, le premier sur le personnel et le second sur le budget (3) et pour lesquels le Parlement, en situation de codécision, avait développé une véritable « stratégie de chantage » (4). Cette négociation s'est également traduite par un accord sur deux déclarations de C. Ashton accompagnant la décision fondatrice du SEAE (5). Le Parlement a adopté le 8 juillet le rapport présenté par les trois députés qui l'ont représenté, la Commission a donné son approbation le 20 juillet et le Conseil a adopté la décision créant le SEAE le 28 juillet (6). Enfin, les deux nouveaux règlements, financier et sur le statut du personnel, ont été votés par le Parlement le 20 octobre 2010 (7).

Si les institutions principalement concernées ont paru s'entendre sur le caractère hybride et non pas *sui generis* de l'instance à créer, distincte de la Commission et du Conseil, et affublée d'un métissage fonctionnel complexe, c'est au prix d'un certain nombre de non-dits : il est ainsi évident qu'elles n'ont jamais placé le curseur de « l'hybridation » au même endroit, et l'on a retrouvé, dès les premiers travaux préparatoires relatifs à la mise en place du SEAE, les habituelles oppositions entre approches intergouvernementaliste ou, au contraire, intégrée : ces différences de conception sont apparues tant sur le statut que sur les modalités de fonctionnement de cette nouvelle instance dont tous reconnaissaient néanmoins l'importance pour le renforcement de l'exigence de cohérence de l'action extérieure.

Salué à juste titre comme une des principales innovations institutionnelles du Traité de Lisbonne, et ce, avec la reconfiguration en profondeur du

(2) Ce quadrilogue était en lui-même surprenant, puisqu'il ajoutait, aux trois acteurs (Haut représentant, Conseil pour les États membres et Commission) explicitement visés par l'art. 27.3 et la déclaration nº 15, le Parlement européen, représenté par trois députés, E. Brok, G. Verhofstadt et R. Gualtieri.

(3) Voy. règlements du Parlement et du Conseil du 24 novembre 2010, nº 1080/2010, modifiant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes et le régime applicable aux autres agents, nº 1081/2010, modifiant le règlement nº 1605/2002 portant le règlement financier applicable au budget des Communautés européennes.

(4) Voy. I. Bosse-Platière, « Le Haut représentant : des débuts marqués par les négociations relatives à la mise en place du SEAE », *Chronique action extérieure de l'UE, Rev. trim. dr. eur.*, 2010, nº 3, pp. 750-752 ; I. Bosse-Platière, « La mise en place du SEAE de l'UE », *Chronique action extérieure de l'UE, Rev. trim. dr. eur.*, 2011, nº 1, pp. 242-246 ; C. Schneider, « Le contrôle démocratique de la PESC », in J. Auvret-Finck (éd.), *Le Parlement européen après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 109-135.

(5) Voy. déclarations de la Haute représentante du 20 juillet 2010, sur la responsabilité politique (12401/ADD 1 REV 1), et concernant les procédures de nomination au SEAE (12401/10 ADD 2).

(6) Décision 2010/427/UE du 26 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement du SEAE.

(7) Voy. P7_TA-PROV(2010)0368 pour le règlement financier et P7_TA-PROV(2010) 0369 pour le règlement sur le statut des agents.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

statut du Haut représentant (8), le SEAE participe bien de cette réflexion récurrente visant à réformer un système d'action extérieure (9), marqué du sceau d'une double schizophrénie institutionnelle et fonctionnelle. Ainsi, le statut de « Gulliver empêtré » du système d'action extérieure de l'Union le condamne-t-il inexorablement à toujours rechercher les meilleures recettes possible pour la mise en œuvre de l'exigence de cohérence posée par l'article 3 TUE (10) du Traité de Maastricht sur l'Union, tout en assumant sa propre part de l'éternelle obsession de la construction communautaire sur un fédéralisme *sui generis*, ô combien délicat à inventer en matière de politique étrangère, de sécurité et de défense.

Outre le débat théorique et abstrait sur les mérites respectifs des deux méthodes, intergouvernementale ou, au contraire, « intégrée », le refus de la création d'une structure *ex nihilo*, mais, au contraire, bâtie autour d'un agencement nouveau du préexistant (services du Conseil et Commission en charge jusque-là de l'action extérieure), a été sans aucun doute de nature à cristalliser certaines stratégies de « défense des prés-carrés » des institutions principalement concernées par le « déshabillage » que cette création du SEAE implique pour elles. À l'évidence, ces stratégies perdurent encore aujourd'hui dans le processus de « révision à mi-parcours du SEAE » qui s'est engagé depuis l'été 2013 conformément à l'article 13.3 de sa décision fondatrice.

Paradoxalement, le SEAE, transformation pourtant majeure d'un système d'action extérieure en permanente recherche d'une rationalisation improbable, n'a pas, à quelques exceptions près (11), fait l'objet d'une attention particulière de la doctrine francophone. Il est vrai que le manque de recul pour une instance dont la mise en place date seulement de quelque trois ans et demi peut expliquer la relative indifférence dont elle a été la victime et que cette contribution en l'honneur d'un des observateurs les plus avertis de l'armature institutionnelle de l'Union européenne se propose très modestement de corriger. Cette contribution s'inscrira résolument dans le double

(8) J. Auvret-Finck, « Les perspectives de l'Union en matière de relations extérieures : le Haut représentant pour les affaires étrangères et la sécurité et le service européen pour l'action extérieure », in C. Flaesch-Mougin, *La relance de l'Union européenne et la présidence française*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 43-67.

(9) Conformément à l'approche « blumannienne » de l'analyse de l'Union, il existe bien un « système de l'action extérieure de l'Union » qui mérite une approche scientifique globale, de son architecture institutionnelle et de son droit matériel, englobant toutes ses transversalités, de la PESC, des politiques externes du TFUE et du volet externe de ses politiques internes.

(10) I. Bosse-Platière, *L'article 3 du TUE : recherches sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'UE*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

(11) Outre les références I. Bosse-Platière et C. Schneider citées en note 3, voy. P.-H. D'Argenson, « Les enjeux de la création du service diplomatique européen », *Politique étrangère*, 2010, vol. 1, pp. 125-134 ; Ch. Hillion et M. Lefebvre, « Le service européen pour l'action extérieure, vers une diplomatie commune ? », *Question d'Europe*, n° 169, 17 mai 2010 ; F. Petiteville, « Les mirages de la politique étrangère européenne après Lisbonne », *Critique internationale*, Paris, Presses de Sciences Po, n° 51, 2011/2 ; A. Feron, « Le Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la sécurité », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n^os 2183-2184, 2013.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

hommage rendu à juste titre à Claude Blumann, tant pour sa contribution à l'évolutionnisme du droit de l'Union que pour son vibrant et talentueux plaidoyer en faveur d'une analyse systémique de ses politiques.

L'évolutionnisme que traduit la création du SEAE s'inscrit, en effet, dans l'approche systémique de l'action extérieure de l'Union européenne, appelant au-delà des contraintes de l'objet politique non identifié que constitue l'Union et notamment celle de la répartition des compétences, verticale et horizontale, une traduction institutionnelle de son ambition de développer une approche globale de son action extérieure (I). Cet objectif sans lequel l'Union ne saurait réaliser son aspiration à devenir un véritable acteur de la société internationale constitue un incontestable défi, dans la mesure où il est constamment pris en otage par les logiques institutionnelles et fonctionnelles, de l'Union européenne en général et de son système d'action extérieure en particulier. Au-delà de l'affirmation généreuse et idéalisée de principes généraux, on sait bien que le diable se cache dans les détails. L'évolutionnisme relèverait-il de l'illusionnisme (II) dans cette ambition si séduisante de doter l'Union, sinon d'un chef d'orchestre, du moins d'un premier violon, pour jouer la partition d'une action extérieure véritablement cohérente ?

I. – Le SEAE, une ambition majeure pour l'évolutionnisme du système d'action extérieure

Résolument inscrit dans la spécificité de l'action extérieure de l'Union (12) et son exigence de cohérence (13) qui bénéficie d'ailleurs avec le Traité de Lisbonne d'une définition élargie (14), le SEAE a été conçu comme un service hybride, distinct du Conseil et de la Commission, placé sous l'autorité du Haut représentant lui-même, coiffé, au titre du renforcement de la cohérence, d'une « triple casquette » (15). Le SEAE est donc bien un « instrument nouveau et unique », fruit de l'évolutionnisme du système d'action extérieure de l'Union. Il « occupe une position idéale exclusive dans le paysage

(12) Cette spécificité résulte à la fois de la PESC qui « fusionne » les habituelles missions d'un ministère des Affaires étrangères et d'un ministère de la Défense, mais aussi du fait que l'action extérieure englobe les domaines d'action du TFUE que sont la politique commerciale, la coopération au développement, la coopération scientifique et technique et, enfin, l'action humanitaire.

(13) Voy. I. Bosse-Platière, *L'article 3 du TUE : recherches sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'UE*, *op. cit.*

(14) Le Traité de Lisbonne par l'art. 21 TUE réalise, en effet, une extension *ratione materiae* de la cohérence de l'action extérieure. Si l'Union doit veiller à la cohérence au sein de sa PESC et entre sa PESC et ses « politiques extérieures *stricto sensu* » régies par le TFUE, elle doit aussi désormais veiller à la cohérence entre les différents domaines de son action extérieure avec ses autres politiques dans leurs aspects extérieurs, bref ce qu'il est courant de qualifier de « volet externe des politiques internes ».

(15) Plutôt que de double casquette liée à son statut de Haut représentant et à sa qualité de membre et Vice-président de la Commission, la baronne Ashton et ses principaux collaborateurs parlent de triple casquette au regard de sa responsabilité, qui n'est pas négligeable, de présidente du Conseil Affaires étrangères.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

institutionnel de l'Union européenne » (16) (A). À ce titre, il bénéficie d'une autonomie certaine, renforcée à la fois par son statut d'« institution budgétaire » et, enfin, par le nombre important de ses agents (B).

A. – Une place unique et exclusive dans le paysage institutionnel de l'Union européenne

L'originalité du SEAE réside à la fois dans sa contribution à la réflexion complexe sur ce que recouvre « l'action extérieure » de l'Union tant sur le plan fonctionnel que sur le plan institutionnel (1) et dans la construction qui a été la sienne à partir du « déshabillage des institutions », Conseil et Commission (2).

1. – Le SEAE, parfaite illustration des ambiguïtés du concept « d'action extérieure » dans le cadre de l'Union européenne

Au regard de ses domaines de compétence, le SEAE n'est pas « un ministère européen des affaires étrangères », qui aurait vocation à se substituer à ceux des États membres, et ce, même si semblent se dessiner progressivement sinon des transferts de compétences, des arrangements particuliers s'agissant des services extérieurs respectifs de l'Union et de ses États membres (17). Mais l'identification impossible du SEAE avec un ministère des Affaires étrangères s'explique surtout par les compétences qui sont les siennes au titre de la PSDC, sorte « d'ersatz de politique européenne défense » (18). Elles ont conduit à l'intégration dans le SEAE de toutes les instances en charge de la gestion de crise, emblématique de cette PSDC (19). Outre ce métissage unique des compétences excluant toute assimilation avec un ministère des Affaires étrangères, l'hybridation du SEAE est également institutionnelle, qui résulte de son autonomie vis-à-vis du Conseil et de la Commission, rappelée à l'article 1.2 de sa décision fondatrice. Ainsi, le SEAE n'est ni un département PESC élargi du secrétariat du Conseil, ni une nouvelle version de la réorganisation de la Commission pour assumer l'ensemble du prisme des compétences relations extérieures de l'organisation fondées sur le TFUE et auquel on aurait rajouté un important « département PESC ».

(16) Voy. Rapport d'examen à mi-parcours du Haut représentant, conformément à l'art. 13.3 de la décision du Conseil du 26 juillet 2010 créant le SEAE, juillet 2013, p. 3.

(17) On soulignera, au titre de la « coordination renforcée » entre les délégations de l'Union et les ambassades des États membres, les « accords de colocation » conclus entre certaines délégations et certaines ambassades pour un partage de locaux, des ressources et des moyens (voy. blog B2 du 27 novembre 2013 relatif aux 12 accords déjà conclus). Cette coordination renforcée résulte du transfert aux délégations de la mission de coordination des ambassades, autrefois assumée par l'État de la présidence tournante, mais aussi des évolutions à venir en matière de protection consulaire.

(18) La PSDC ne saurait être assimilée à une véritable politique européenne de défense du fait qu'elle n'a pas pour mission d'assurer la défense territoriale de l'Union, les États ayant conservé l'exclusivité de leur compétence nationale en la matière.

(19) Voy. art. 3.a de la décision 2010/427/UE du 26 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement du SEAE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

L'objectif recherché par la création de cette nouvelle instance est de disposer d'un service d'action extérieure moderne et opérationnel, véritable interface du renforcement du statut du Haut représentant réalisé grâce au Traité de Lisbonne à travers la « multiplication de ses casquettes » de l'action extérieure et de sa nécessaire cohérence, mais allant aussi au-delà. Ainsi, l'idée qui a présidé à la création du SEAE est de réunir l'ensemble des politiques et des leviers dont dispose l'Union européenne pour promouvoir ses valeurs et défendre ses intérêts sur la scène internationale dans le cadre d'une approche globale et stratégique de son action extérieure. Le SEAE, son administration centrale comme ses délégations extérieures, est placé sous l'autorité du Haut représentant renouvelé. Il l'assiste, en effet, dans les fonctions qui sont les siennes, exécution de la PESC (y compris les négociations des accords internationaux) et de son volet PSDC de gestion des crises, présidence du Conseil des affaires étrangères et du COPS, vice-présidence de la Commission en charge du « portefeuille Relex » et de la coordination des autres politiques extérieures du TFUE. Mais ce serait une erreur de croire que le SEAE est exclusivement au service du Haut représentant. En effet, il a également vocation au plan central à assister le président du Conseil européen, le président de la Commission et les autres commissaires dans l'exercice de leurs missions respectives en matière d'action extérieure (20). Ainsi, la Haute représentante a-t-elle eu l'occasion de rappeler que le SEAE a « préparé plus du double de débriefings pour le président et les autres membres de la Commission que pour la Haute représentante » (21). Enfin, le SEAE entretient une coopération nourrie avec le Parlement, en application de la déclaration du Haut représentant sur la responsabilité politique.

2. – Une construction inédite du SEAE fondée sur « le déshabillage » des autres institutions cristallisant l'hybridation institutionnelle et le métissage fonctionnel

Cette construction, précisée par la décision du Conseil du 26 juillet 2010, s'est faite à partir d'un maillage institutionnel constitué d'une administration centrale (art. 4) et de services extérieurs représentés par les délégations de l'Union qui lui ont été explicitement rattachées (art. 5). Organe distinct du Conseil et de la Commission, mais non pas créé *ab initio*, le SEAE a vu son administration centrale se constituer dans le cadre d'un processus de « déshabillage » du secrétariat général du Conseil (notamment s'agissant des services PESC), mais, bien plus encore, de la Commission et de ses grandes directions. La mise en place de l'administration centrale du SEAE a donc donné lieu à d'interminables marchandages interinstitutionnels, émaillés de stratégies de défense de pré-carré des institutions concernées. Ainsi, l'annexe à la décision constitutive du 28 juillet 2010 doit-elle être lue comme

(20) Voy. art. 2.2 de la décision 2010/427/UE du 26 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement du SEAE.

(21) Voy. SEAE, Rapport d'examen à mi-parcours du Haut représentant, *op. cit.*, p. 10.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

une photographie où le négatif de ce qui n'est pas absorbé dans le SEAE est sans doute le plus significatif. S'agissant du Conseil, représentatif de la défense par les États de leurs prérogatives, ce sont surtout les représentants spéciaux qui ont fait débat : bien que placés sous l'autorité du Haut représentant (art. 38 TUE), ils ne sont pas rattachés au SEAE, et leur existence, comme leur fonctionnement, focalisera les controverses (22). Quant à la Commission, elle a manœuvré pour limiter son déshabillage à la DG Relex et à une partie seulement de la DG Développement en excluant bien évidemment d'autres directions, comme celle du Commerce, de l'Élargissement et de l'Action humanitaire. Elle a même réussi à exclure certains services de la DG Relex, comme ceux en charge des négociations sur le changement climatique ou encore sur l'énergie, en les transférant successivement à la nouvelle direction action pour le climat et à celle de l'Énergie en jouant des différentes définitions de l'action extérieure, *stricto sensu* ou *largo sensu* (incluant ou non le volet externe des politiques internes). Enfin, s'agissant de la DG Développement, réorganisée dans le cadre de la nouvelle Commission Barroso, elle n'est que très partiellement touchée par les transferts de service, la Commission préservant l'intégralité de la responsabilité de l'aide au développement, à l'exception d'un petit service chargé de sa programmation. Enfin, une dernière stratégie mise en place par la Commission pour défendre ses prérogatives en matière d'exécution budgétaire aura été de créer un service nouveau des instruments de la politique étrangère (FPI), certes placé sous l'autorité du Haut représentant, mais néanmoins distinct du SEAE (qui, pourtant, l'abrite dans ses locaux). Ce service, véritable passerelle entre les structures de la PESC au sein du SEAE et les services de la Commission chargés de la gestion globale du budget, assume la responsabilité de la gestion financière et de l'exécution des programmes opérationnels pour la PESC.

Quant aux délégations de l'Union, au nombre aujourd'hui de cent quarante et désormais placées sous l'autorité du Haut représentant, elles font intégralement partie du SEAE, conformément à l'article 221.2 TFUE. Elles ont été, du jour au lendemain, dans l'obligation de réaliser une métamorphose considérable, et ce, sans ressources supplémentaires et souvent sans instructions particulières. Si, autrefois, elles ne pouvaient guère être assimilées à des « ambassades » du fait de leur type de personnels et de leur champ de « compétences Relex », exclusivement techniques (dont le suivi des projets de développement financés par l'Union), elles couvrent aujourd'hui l'ensemble du spectre de l'action extérieure de l'Union et notamment celui, nouveau pour elles, de la PESC (23). Ainsi, cette reconfiguration des missions des délégations les rapproche-t-elle de plus en plus d'un « statut d'ambassade », ce qui ne va pas sans influer sur le statut de leurs personnels et plus particulièrement de leur chef de missions. Ces derniers ou encore

(22) Voy. *infra*.

(23) Elles ont ainsi succédé à la présidence tournante des États membres dans leur mission de coordination locale des missions diplomatiques et elles assurent la représentation de la PESC auprès des pays tiers et des organisations internationales.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

leurs adjoints appartiennent bien au SEAE et sont placés sous l'autorité du Haut représentant, qui les nomme (24), le caractère politique de ces postes ayant d'ailleurs focalisé les revendications du Parlement pour disposer d'un droit de regard sur ces nominations (25) . Tel n'est pas le cas néanmoins de l'ensemble des personnels des délégations dont les deux tiers sont des agents de la Commission (26), tout en étant placés sous l'autorité générale du chef de délégation. La « structure hiérarchique » des délégations est ainsi très significative de la complexité et de l'imbrication de la dimension institutionnelle déconcentrée de l'action extérieure de l'Union européenne, mêlant agents du SEAE et de la Commission. La Haute représentante en a fait un bilan en demi-teinte : elle relève que, si « tous [...] sont conscients de la nécessité d'œuvrer de concert, comme une seule équipe, tout en respectant leurs rôles et responsabilités propres », néanmoins « ce système dual entraîne de multiples débats sur les mêmes sujets et entraîne des retards dans la prise de décisions » (27).

B. – Une autonomie certaine, renforcée par le volume important de ses agents et son statut d'« institution budgétaire »

Parmi les principaux arguments plaidant, en effet, en faveur de l'existence d'une véritable autonomie du SEAE lui permettant de défendre sa place unique dans le système d'action extérieure de l'Union figurent le nombre de ses agents (1) et son statut d'institution budgétaire (2).

1. – Un volume non négligeable d'agents

Conformément à la décision constitutive du SEAE, la part de ses personnels issus des États membres n'est que de 30 %, ce qui a constitué une victoire personnelle du Parlement qui, sur ce point, a fait reculer la Haute représentante qui, dans sa vision résolument intergouvernementaliste du SEAE, avait prévu un pourcentage de 50 %. Le SEAE est ainsi composé de 60 % de fonctionnaires européens issus de la Commission et du Conseil (28), et ce, jusqu'à la fin d'une période transitoire fixée au 1er juillet 2013, date à laquelle, autre victoire du Parlement, le SEAE a ouvert son recrutement aux personnels de ce dernier (29). Il est ici important de signaler que « les

(24) Voy. art. 95 du règlement nº 1080/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 modifiant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes et le régime applicable aux autres agents de ces Communautés.

(25)

(26) Voy. art. 5.2, al. 2, de la décision 2010/427/UE du 26 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement du SEAE ; voy. SEAE, Rapport d'examen à mi-parcours du Haut représentant, *op. cit.*, p. 14.

(27) *Ibid.*

(28) Le Rapport d'examen à mi-parcours de la Haute représentante donne des précisions sur l'importance des transferts de la Commission (585 agents issus de la DG Relex, 93 de la DG Développement et 436 pour les délégations), du Conseil (411 agents), « les nouveaux postes » (118) représentant ceux créés pour accueillir les diplomates nationaux en détachement.

(29) Ainsi, un ancien haut fonctionnaire du Parlement européen, S. Gonzato, a-t-il été nommé directeur des droits de l'homme et de la démocratie au SEAE en avril 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

stratégies intégrationnistes » au profit du SEAE peuvent emprunter la voie particulière du recrutement de ses personnels parmi ceux des institutions plutôt que ceux des États membres. Au-delà de la répartition des postes, c'est bien le volume global du SEAE qui frappe ; les derniers chiffres connus (et empruntés au rapport à mi-parcours de juillet 2013) font apparaître que le SEAE compte pas moins de 3.417 collaborateurs répartis entre l'administration centrale (1.417) et les délégations (1.960) auxquels il conviendrait d'ajouter environ 3.500 collaborateurs de la Commission dans les délégations. La configuration du personnel du SEAE est particulière, impliquant une forte représentation des postes supérieurs d'administrateurs (AD) qui représentent un total supérieur à 900 (538 au siège et 365 dans les délégations). Le volume global en personnels du SEAE n'est pas négligeable si on le compare aux chiffres des principales institutions et des principaux organes de l'Union européenne (30).

2. – Un statut significatif d'institution budgétaire

Si le SEAE ne serait être qualifié d'institution au sens des traités, il bénéficie néanmoins du statut d'institution budgétaire depuis l'adoption, le 24 novembre 2010 du règlement financier n° 1081/2010 applicable au budget général. Le SEAE dispose ainsi de l'autonomie budgétaire, bénéficie de sa propre section dans le budget de l'Union dont le Haut représentant est l'ordonnateur. Le SEAE gère ainsi librement ses crédits à l'abri d'éventuels virements dont il ne serait pas le maître, et qui, par ailleurs, lui garantissent le niveau de ses effectifs en personnels. Bien évidemment, la section budgétaire du SEAE, distincte du budget de la PESC (31), ne comporte que les seules dépenses administratives de ce service (32), les dépenses opérationnelles de l'action extérieure étant toujours sous la responsabilité de la Commission (33). En effet, le rôle éminemment stratégique de cette dernière en matière de financement de l'action extérieure a été globalement bien protégé par le Parlement à l'occasion de l'adoption du règlement financier, et ce, au nom de la logique d'intégration dont il est un défenseur récurrent.

Reste qu'au-delà de la gestion quotidienne des crédits opérationnels relevant de l'exécution du budget et par voie de conséquence de la Commission

(30) La Commission compte 33.000 agents, le Parlement, 7.650, le Conseil, 3.500, et la Cour de justice, 2.139 (5.232 avec les agents temporaires).

(31) Au titre de l'exercice 2014, le budget PESC représente 314,5 millions d'euros, répartis notamment entre les opérations de gestion civile de crises (199,8 millions d'euros), les représentants spéciaux (147 millions d'euros) et les actions désarmement (23 millions d'euros). Il ne constitue qu'une très modeste part du budget de l'action extérieure (rubrique IV « L'Europe dans le monde ») qui représente, pour la même année, un total de 8.325 millions d'euros.

(32) Au titre du budget 2014, le SEAE s'est vu attribuer un budget de 519 millions d'euros, réparti entre le siège (41 %) et les délégations (59 %), auquel il convient d'ajouter 270 millions d'euros par an venant de la Commission et correspondant aux agents de la Commission affectés dans les délégations et en charge de l'action extérieure du TFUE resté sous sa responsabilité.

(33) Voy. art. 9.1 de la décision 2010/427/UE du 26 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement du SEAE.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

qui décide seule de ses délégations notamment aux chefs de délégations (34), une des questions les plus controversées, lors de la création du SEAE et de l'adoption du règlement financier, a été celle de la « répartition des tâches » entre le Haut représentant et le SEAE, d'une part, et la Commission d'autre part, sur la préparation des programmations pluriannuelles, sur la mise en œuvre des cycles de programmation et de gestion des instruments financiers de l'action extérieure, ainsi que sur l'élaboration des modifications des actes de base du droit dérivé relatifs à ces dits instruments (35).

Une lecture attentive de l'article 9 de la décision fondatrice du SEAE ainsi que du règlement financier montre que le curseur de l'hybridation du cheminement procédural relatif à la responsabilité de ces tâches se déplace tantôt du côté de la Commission et de ses services, tantôt du côté du SEAE. Ainsi, certains instruments financiers (le FED, de coopération au développement, de voisinage et de partenariat) sont-ils désormais régis par des procédures de préparation et de proposition conjointe, mobilisant, outre le SEAE et les services de la Commission, le Haut représentant, d'une part, et les commissaires concernés (au développement ou de la politique du voisinage (36)) d'autre part. En revanche, le curseur de l'hybridation penche plutôt du côté du SEAE en ce qui concerne le budget de la PESC, mais aussi des instruments financiers qui sont placés sous l'autorité du Haut représentant en sa qualité de commissaire, en charge du portefeuille Relex : tel est ainsi le cas de l'instrument de stabilité, de l'instrument de coopération avec les pays industrialisés, des actions en matière de communication et de diplomatie publique et, enfin, des missions d'observation des élections (37).

Véritable institution budgétaire, le SEAE est ainsi, pour son budget même modeste d'environ 750 millions d'euros (38), soumis à la décharge du Parlement. Ce dernier ne s'est pas privé d'assortir son *quitus* (39) d'un plaidoyer vigoureux à destination de la Commission afin que cette dernière engage une réforme de la structure du budget du SEAE, jugée comme ne permettant pas une véritable lisibilité des coûts et dépenses de ce dernier, tant au plan central qu'à celui de ses délégations. Mais, surtout, l'adoption en avril 2014 de ce *quitus* a été l'occasion pour le Parlement d'enrichir ses

(34) Voy. art. 10.1 et 2 du règlement n° 1081/2010 du 24 octobre 2010, portant modification du règlement financier en ce qui concerne le SEAE.

(35) Voy. I. Bosse-Platière, « La mise en place du SEAE de l'UE », *Chronique action extérieure de l'UE, Rev. trim. dr. eur.*, 2011, n° 1, pp. 242-246.

(36) Art. 9.4 et 9.5 de la décision 2010/427/UE du 26 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement du SEAE.

(37) Art. 9.6 de la décision 2010/427/UE du 26 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement du SEAE.

(38) Il s'agit d'un budget modeste résultant de ce que les dépenses opérationnelles de l'action extérieure du TFUE sont restées dans la section Commission du Budget, cette dernière ayant conservé la gestion des principaux instruments financiers. Voy. C. Schneider, « Le contrôle démocratique de la PESC », *op. cit.*

(39) Voy. B2, 9 avril 2014, « Le Parlement européen donne quitus au SEAE, non sans quelques recommandations ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

propositions dans le cadre de l'évaluation à mi-parcours du SEAE (40). Il a été bientôt rejoint par la Cour des comptes elle-même, dont le premier rapport sur le SEAE, rendu le 30 juin 2014 (41), ne ménage pas ledit service, ni d'ailleurs la rationalisation du système d'action extérieure dont il se réclame… comme si l'évolutionnisme qui avait présidé à sa création relevait plus de l'illusionnisme.

II. – Le SEAE, une désillusion sérieuse pour l'évolutionnisme du système d'action extérieure

La désillusion qui a accompagné les nombreuses évaluations liées à la révision programmée à mi-parcours du SEAE intéresse tant les lacunes de son organisation interne (A) que les faiblesses de sa coordination interinstitutionnelle avec les autres principaux acteurs du système d'action extérieure (B). L'une comme l'autre trouvent sans doute leur source dans l'hybridation insuffisamment maîtrisée d'un service, certes conçu au service de l'exigence de cohérence de l'action extérieure, mais dont on sait bien qu'elle reste particulièrement difficile à mettre en œuvre dans un système, celui de l'action extérieure de l'Union qui, au-delà de louables intentions, demeure fondamentalement schizophrénique.

A. – Une hybridation, source incontestable de lacunes pour l'organisation interne du SEAE

Les lacunes de l'organisation interne du SEAE, reconnues par la Haute représentante elle-même à l'occasion de son rapport de juillet 2013, sont également stigmatisées dans le rapport spécial de la Cour des comptes ou encore dans les travaux du Parlement. Outre les interrogations spécifiques au statut du Haut représentant lui-même (42), elles concernent, s'agissant du SEAE *stricto sensu*, les déficiences structurelles de ce service (1), mais aussi ses problèmes de personnels (2).

1. – Les évidentes déficiences structurelles du SEAE

L'organisation de l'administration centrale du SEAE apparaît d'une rare complexité qui la condamne à des problèmes préoccupants de structure hiérarchique, à des phénomènes de doublons ou, au contraire, à de véritables manques. Une des origines majeures de cette complexité résulte de ce que le

(40) Voy. Rapport E. Brok et R. Gualtieri, sur la revue à mi-parcours du SEAE, 2012/2253 (INI) du 25 mars 2013.

(41) Voy. Cour des comptes, Rapport spécial 2014/11 sur « la mise en œuvre du Service européen pour l'action extérieure » du 30 juin 2014.

(42) Non traitées dans cette contribution, ces interrogations trouvent leur source dans la surcharge en responsabilités du Haut représentant qui pourrait appeler la création d'un ou plusieurs Hauts représentants adjoints, proposition soutenue par la Haute représentante et le Parlement, mais qui ne reçoit pas d'écho favorable de tous les États. Si, pour reprendre la formule de la Haute représentante, une telle création constituerait un « signal politique fort », les obstacles institutionnels pour une telle innovation sont bien présents, qu'il s'agisse de la base légale improbable dans les traités ou encore de l'impact sur la composition de la Commission.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

SEAE doit, en réalité, assumer, en plus des fonctions traditionnelles d'un ministère des Affaires étrangères, certaines des missions d'un ministère de la Défense ainsi que celles des services de renseignement. La complexité s'explique aussi par l'opération d'absorption et de déshabillage de la Commission et du secrétariat du Conseil déjà évoquée, mais aussi par les contraintes inhérentes au recrutement des personnels diplomatiques issus des États membres et qui sont venus gonfler la structure du SEAE.

Ainsi, la pyramide hiérarchique de six niveaux qui est la sienne est plus développée que celle des services de la Commission (DG Relex) et du Conseil, qu'il remplace, constituée de seulement cinq niveaux. Les bureaux géographiques ont également plus de niveaux hiérarchiques et le nombre d'unités a augmenté pendant que leur taille diminuait avec des « directions croupions » que le nombre d'agents qui les composent ne justifie pas (43). Est-il besoin de souligner que cette prolifération de niveaux accompagnée de lignes directes hiérarchiques avec le Haut représentant (44), n'est pas de nature à faciliter les procédures internes de validation et de décision qui restent trop longues.

L'organisation centrale du SEAE souffre aussi de graves déficiences en matière de planification qui sont liées au fait que chaque département décide de planifier ses propres activités, ce qui se traduit par une absence de cadre planifié global pour le SEAE, particulièrement nuisible à sa mise en synergie avec les programmes d'action, annuels pour la Commission et de dix-huit mois avec la présidence du Conseil (45). Enfin, au-delà de ces lacunes, le SEAE connaît aussi des doublons qui résultent de l'intégration dans le cadre du SEAE des instances de la PSDC. Elles concernent beaucoup la gestion de crise (46). Le Haut représentant s'est attaché à commencer à les résoudre en désignant un directeur spécialement compétent pour la réaction aux crises, en créant une nouvelle salle de veille 24/7 (47) et en mettant en place de nouveaux mécanismes de coordination, comme le conseil de gestion de crise ou encore la plate-forme de gestion de crise (48).

(43) Voy. Rapport décision du PE, P7_TA-PROV (2014) du 3 avril 2014 : « dans certaines directions ne travaillent que 22, 27 et 30 personnes et il y a des directions générales qui ne comptent que 44 personnes [...]. L'inversion de cette situation pourrait être obtenue dans les prochaines années au moyen de politiques de gestion efficaces ».

(44) Au nombre de vingt-trois, répertoriées par le rapport spécial de la Cour des comptes.

(45) Voy. Rapport spécial Cour des comptes, *op. cit.*, pt 28.

(46) Voy. Rapport spécial Cour des comptes, *op. cit.*, note 30, soulignant les doubles emplois entre les services PSDC, le Département réponse aux crises et coordination opérationnelle, la Direction politique de sécurité et prévention des conflits, et la Division questions globales et contre-terrorisme.

(47) Elle regroupe deux services fonctionnant 24 heures sur 24, les agents de veille et une partie des services de l'ancien SitCen de la PESC.

(48) Le Conseil de gestion de crise, présidé par le secrétaire général exécutif du SEAE, se réunit régulièrement pour coordonner les réactions aux situations de crise des institutions de l'Union européenne. Il fédère plusieurs services du SEAE géographiques, responsables de la prévention des conflits, de la réaction aux crises, de la construction de la paix, de l'aide financière, de l'action humanitaire, de la PSDC et, enfin, de la Commission elle-même. Voy. Rapport.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

L'organisation déconcentrée du SEAE, constituée par les délégations, connaît aussi des dysfonctionnements préoccupants. Selon l'article 5.1 de la décision fondatrice du SEAE, elles ne peuvent être ouvertes ou fermées que par une décision du Haut représentant nécessitant l'approbation du Conseil et de la Commission. Cette procédure nuit à la mise en adéquation des besoins commandant la fermeture, l'ouverture ou encore le regroupement de délégations (49) qui devraient relever d'une plus grande marge discrétionnaire du Haut représentant. Le réseau des délégations est, selon la baronne Ashton, trop largement hérité des décisions passées de la Commission, mais sa réorganisation est aussi soumise à des contraintes financière fortes supposant « une nouvelle redistribution des ressources depuis le siège en direction de l'étranger, mais aussi de nouveaux besoins de financement » impliquant, par exemple, des prêts de la BEI au SEAE pour ses projets de construction.

La répartition des tâches au sein des délégations reconfigurées souffre encore de plusieurs lacunes. Elles concernent surtout la prise en charge des nouvelles tâches de la PESC insuffisamment dotées en personnels, certains États membres n'hésitant pas, soutenus en cela par la Haute représentante, à réclamer, pour certaines délégations où le besoin se ferait particulièrement sentir, la création de postes d'attachés de sécurité et de défense (50). Plus encore, l'hybridation des délégations constituées de personnels, qui, tout en étant sous l'autorité du chef de mission, continuent de relever de la Commission, est source de difficultés pour ce dernier. Il ne peut, en effet, les associer à la mise en œuvre de missions du SEAE que pour 20 % de leur charge de travail, ce qui nuit à la mise en œuvre des priorités de la délégation (51). Enfin, alors même que la reconfiguration des délégations a été unanimement saluée par les États membres, leur mise en synergie avec les ambassades de ces derniers, commandée par l'article 221.2 TFUE, reste encore insuffisante. Elle s'explique notamment par le manque d'investissement des représentations diplomatiques des États membres : sont ainsi dénoncées l'asymétrie de l'échange d'informations qui ne joue que dans le sens des délégations, mais aussi l'absence de rapports politiques communs. Il n'en reste pas moins vrai que des pistes prometteuses se dessinent et plus particulièrement celles du partage de locaux, de tâches (notamment consulaires), mais aussi de ressources humaines qui permettent d'augurer des économies notables tant pour l'Union européenne que pour les États (52). L'article 5.10 de la décision fondatrice du SEAE renvoie explicitement au

(49) Le Parlement s'est ainsi inquiété du nombre trop important de délégations composées d'un seul agent, mais aussi de l'absence de délégation dans certaines régions, rejoint en cela par la baronne Ashton qui dénonce l'absence de délégation dans les États du Golfe.

(50) Voy. *non paper* de la France pour le Conseil informel des Affaires étrangères du 22 mars 2013, B2 le club, 21 mars 2013 et rapport du Parlement 2012/2253, relatif à la revue à mi-parcours du SEAE, *op. cit.*, pt 26.

(51) Voy. Rapport spécial Cour des comptes, pt 58.

(52) Rapport d'examen à mi-parcours du SEAE de la Haute représentante dans lequel elle souligne l'économie de 500.000 euros réalisée par l'Espagne grâce à un détachement d'un de ses diplomates auprès de la délégation de l'Union européenne au Yémen.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

futur rôle que les délégations pourraient jouer en matière de protection consulaire. Néanmoins, les évolutions à venir sont conditionnées tant par l'acceptation par les États membres de nouvelles répartitions de compétences en la matière que par le renforcement des moyens financiers et humains des délégations aujourd'hui encore très restreints.

Enfin, ce sont surtout les modalités très complexes des circuits financiers des délégations qui sont pointées du doigt, et ce, dans toutes les évaluations du Parlement, de la Cour des comptes et de la Haute représentante. La première d'entre elles consiste dans la séparation nécessaire des budgets administratifs du SEAE, d'une part, et de la Commission, d'autre part, puisqu'une partie importante des personnels des délégations continue de relever de la Commission. Par ailleurs, les règles de délégation touchant à la mise en œuvre des crédits opérationnels de l'action extérieure, modifiées à l'occasion de la création du SEAE, n'autorisent désormais plus les chefs de mission bénéficiaires de la délégation de la Commission à les déléguer à leur tour. Ces derniers sont donc empêtrés dans des responsabilités administratives et financières qui les empêchent de se concentrer sur leurs missions politiques. La résolution de ces dysfonctionnements, considérée comme primordiale par toutes les évaluations, passe nécessairement par une révision du règlement financier dont le SEAE, qui n'a pas la capacité de formuler des propositions à caractère législatif, n'a pas la maîtrise. Nul doute qu'une telle révision, fondamentale pour l'avenir du « SEAE déconcentré », et qui implique proposition de la Commission et codécision du Parlement, remettra une fois de plus sur le devant de la scène les équilibres interinstitutionnels délicats qui ont déjà présidé à la création du SEAE et à la mise en œuvre de son hybridation si particulière.

On ne s'étonnera donc pas du bilan nuancé que fait la Haute représentante de l'élargissement du rôle politique des délégations. Il reste difficile, les ressources sont encore exiguës pour l'accomplissement de tâches politiques et les dispositions des règlements sous-jacents (p. ex., en termes de gestion budgétaire ou d'utilisation flexible du personnel de la Commission) sont problématiques.

2. – Les anomalies préoccupantes de la pyramide des personnels du SEAE

Conformément à sa décision fondatrice et au règlement n° 1080/210 du 24 novembre 2010 portant modification du statut des fonctionnaires de l'Union européenne, le personnel du SEAE est composite et comprend notamment 60 % de fonctionnaires européens issus, dans un premier temps, du Conseil et de la Commission, et de 30 % de personnels détachés des États membres. Mais c'est bien la pyramide des personnels du SEAE qui est critiquée. Ce dernier compte en effet un personnel d'encadrement supérieur disproportionné par rapport aux autres institutions : plus de 50 % de son personnel appartiennent à cette catégorie et quelque cinq cent quatorze

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de ses agents sont employés à des grades AD12 (impliquant un traitement d'environ 10.500 euros par mois). Ce type de personnel est deux fois plus nombreux que dans les structures qui l'ont précédé (53). Par ailleurs, le Parlement s'inquiète de la surreprésentation des personnels issus des États membres dans cette catégorie (54). Cette pléthore de cadres supérieurs qui se révèle très coûteuse (55) pour le budget du SEAE a des origines multiples, mais ramenant presque toujours à son caractère hybride et à son mode de création particulier. Ainsi, la décision fondatrice du SEAE prévoyait-elle dans son article 4.3a) la création de *directions générales* pour les zones géographiques, ce qui n'est pas forcément justifié pour des services au personnel restreint. Par ailleurs, et comme il fallait s'y attendre, les États membres ont aussi revendiqué pour leurs personnels détachés le maximum de postes appartenant à ces catégories supérieures. Ce sont donc bien les modalités particulières de la construction du SEAE et son hybridation qui pèsent sur sa pyramide des personnels et génèrent des coûts superfétatoires auxquels la Haute représentante cherche à remédier.

B. – Une hybridation source de ratés dans la mise en œuvre de la coordination interinstitutionnelle au sein du système d'action extérieure

Le SEAE souffre du manque de coordination réelle entre les différents acteurs de ce système d'action extérieure dont le caractère labyrinthique n'est plus à démontrer. Comme il fallait s'y attendre, ce nouvel acteur doit, pour trouver sa place, s'accommoder des stratégies de défense des prés-carrés des autres acteurs institutionnels de l'action extérieure, qu'il s'agisse du Conseil et des États membres (1), de la Commission (2), voire du Parlement lui-même (3). Bien souvent, ce sont ces différents acteurs qui, par les conditions qu'ils ont imposées, ont nui au fonctionnement satisfaisant du SEAE, fréquemment privé des moyens nécessaires à la réalisation des ambitions affichées pour sa création.

1. – Les vives controverses sur les représentants spéciaux et les groupes de travail au cœur des enjeux de pouvoir entre le SEAE, le Conseil et les États membres

La survivance des représentants spéciaux, qualifiée par la baronne Ashton d'« anomalie après Lisbonne », entretient un débat interinstitutionnel

(53) Voy. Rapport de la Cour des comptes, *op. cit.*, pt 30, qui relève que, dans les services transférés, la DG Relex de la Commission comptait quatre cadres supérieurs, le secrétariat général du Conseil, deux, et que l'administration centrale du SEAE en comporte treize.

(54) Voy. Rapport E. Brok et R. Galtieri, *op. cit.*, cons. P et pt 36.

(55) Au-delà du coût direct des traitements, le Parlement, dans les constatations et recommandations accompagnant son *quitus* en avril 2014, pointe du doigt les habitudes luxueuses de ce type de personnels, voyages en classe affaires (mais ramenés en classe économique), mais aussi les frais de logement des six cent septante-cinq fonctionnaires SEAE dans les délégations représentant un coût total de 30 millions d'euros, soit un loyer mensuel d'environ 3.700 euros par fonctionnaire.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

récurrent, mais où le Conseil occupe une place particulière. Ce débat est entretenu par le fait que, conformément à l'article 33 TUE, le Conseil dispose toujours du pouvoir de nomination des représentants spéciaux, et ce, même s'il a été restreint par le Traité de Lisbonne (56). Par ailleurs, alors que, depuis ce traité, les représentants spéciaux sont explicitement placés sous l'autorité du Haut représentant, ils ont conservé des liens particuliers avec les États, à travers notamment le COPS, ainsi qu'une autonomie certaine du fait de leur non-intégration dans le SEAE. Or autant le recours aux représentants spéciaux paraissait justifié, avant le Traité de Lisbonne, au regard de l'inexistence du SEAE et de l'absence de compétence PESC des délégations de la Commission, autant les nouvelles compétences politiques de ces dernières ravivent aujourd'hui les anciennes critiques (notamment l'absence d'articulation satisfaisante entre ces représentants avec les délégations (57)), mais en font apparaître de nouvelles. Sont ainsi plus particulièrement contestés la non-intégration des représentants spéciaux au SEAE (58), leur mandat trop long en inadéquation avec leur qualité d'instrument de gestion de crises ponctuelles, leurs administrations spéciales composées de quelque deux cents conseillers politiques et adjoints administratifs, le montant exagéré de leur rémunération du fait de leur classement au grade AD16 supérieur à celui des chefs de délégation les plus importants, et, plus généralement, le montant total de leur budget, mais aussi et surtout la non-intégration de ce dernier dans celui du SEAE. Le budget total des représentants spéciaux et de leurs personnels, rattaché à celui de la PESC (59), a représenté en 2012, selon l'évaluation de la Cour des comptes, pas moins de 5,7 % du montant du budget du SEAE. Dans son rapport sur le SEAE à mi-parcours, la Haute représentante, sans doute consciente qu'elle ne peut prendre de front les États, ne recommande pas, comme certains l'auraient souhaité, la suppression pure et simple des représentants spéciaux mais « leur véritable intégration dans le SEAE », du point de vue statutaire, mais aussi budgétaire. Elle attend de cette intégration des économies substantielles notamment salariales, mais bien plus encore, une meilleure cohérence de l'action diplomatique de l'Union européenne. Elle a sur ce point trouvé des soutiens non négligeables de la part du Parlement, mais aussi de la Cour des comptes.

L'articulation entre le SEAE et le Conseil connaît encore de nombreuses autres faiblesses, qu'il s'agisse des rapports avec la présidence tournante

(56) Alors qu'avant le Traité de Lisbonne, le Conseil était entièrement libre de nommer des représentants spéciaux, il ne peut le faire aujourd'hui que sur proposition du Haut représentant.

(57) Voy. Rapport de la Haute représentante sur la revue à mi-parcours du SEAE, *op. cit.*, pp. 6 et 20 ; Rapport Brok et Gualtieri du Parlement européen, *op. cit.*, p. 6, pt 6 ; Rapport spécial de la Cour des comptes, *op. cit.*, pts 36-39.

(58) À l'exception particulière de ceux qui cumulent les fonctions de représentant spécial et de chef de délégation, soit, en 2013, quatre d'entre eux.

(59) En 2014, le budget de la PESC, d'un montant total de 334 millions d'euros et réparti entre les trois grands postes, missions de gestion de crises, actions désarmement et représentants spéciaux, a alloué 17 millions d'euros aux représentants spéciaux.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

qui a conservé la présidence de certains groupes de travail touchant aux relations extérieures (60), ou encore de l'assistance par le SEAE du Haut représentant dans ses fonctions de président du Conseil Affaires étrangères. L'absence de présidence unifiée des groupes de travail au profit du SEAE qui, par ailleurs, préside de manière permanente, outre le COPS, seize groupes de travail, géographiques ou thématiques, nuit bien évidemment à la cohérence. On ne s'étonnera donc pas que la Haute représentante appelle à une « modification pertinente de la décision du Conseil » sur les groupes de travail et bien évidemment « en parallèle au transfert de personnel de soutien du secrétariat du Conseil au SEAE ». Par ailleurs, la Cour des comptes s'interroge sur l'absence regrettable d'instances préparatoires touchant au volet externe des politiques internes : elle contribue ainsi à sa manière à la dénonciation des lacunes structurelles concernant la mise en œuvre de la définition élargie de la cohérence de l'action extérieure proposée par le Traité de Lisbonne (61), tout en semblant considérer que cette mise en œuvre devrait, au niveau des instances préparatoires, être assurée par le SEAE.

2. – Les sérieuses désillusions relatives à l'articulation défaillante entre le SEAE et la Commission

Elles vont bien au-delà des différences de culture et des méfiances réciproques entre une instance, le SEAE parfois perçu comme un potentiel cheval de Troie de l'intergouvernementalisme, et une institution comme la Commission, forte de sa réputation de fer de lance de la « méthode communautaire » et de sa place stratégique dans la construction communautaire. La création du SEAE comme la reconfiguration importante du statut du Haut représentant, mais plus encore la singularité consubstantielle à l'action extérieure de l'Union, génèrent nombre de difficultés dans les rapports entre le SEAE et la Commission. Elles concernent tant le niveau central du système d'action extérieure que son niveau déconcentré des délégations, qu'il s'agisse de la répartition des tâches ou de leur exercice.

Les services du siège du SEAE ne peuvent que souffrir de l'imprécision de la répartition des tâches de l'action extérieure au sein de la Commission et notamment de « leur atomisation » entre le Haut représentant et les autres commissaires. On sait que le Haut représentant vice président de la Commission, outre les responsabilités qui lui incombent dans le domaine des relations extérieures, s'est vu expressément attribuer par le Traité sur l'Union européenne, version Lisbonne, la responsabilité de la coordination des *autres aspects des relations extérieures* au sein de la Commission

(60) Voy. liste complète donnée par la Haute représentante dans son rapport, d'où il ressort plus particulièrement ceux sur le développement, sur les ACP, sur l'AELE, sur la lutte contre le terrorisme (COTER). Quant à la Cour des comptes, elle relève que c'est toujours le Conseil Affaires générales – et, par voie de conséquence, la présidence tournante – qui est responsable pour les négociations d'adhésion.

(61) Voy. *supra*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

(art. 18.4). Or l'organisation formelle de cette coordination s'est avérée doublement défaillante, du fait, d'une part, de l'attitude du président de la Commission, qui n'a pas voulu abandonner ses anciennes prérogatives en la matière, et du fait, d'autre part, du nombre très réduit des réunions (5 seulement en quelque 29 mois) du groupe des commissaires en charge de l'Action extérieure (62). Par ailleurs, l'absentéisme important du Haut représentant, aux réunions de la Commission, ne lui a pas permis de jouer le rôle qu'il aurait dû tenir dans la définition de la cohérence élargie (avec le volet externe des politiques internes) (63). On ne s'étonnera donc pas de ce que la baronne Ashton, après avoir reconnu fort diplomatiquement que la répartition des tâches « se passe aujourd'hui plutôt bien », a par exemple admis que la désignation d'un commissaire pour le voisinage « avait risqué de susciter la confusion » alors que les responsabilités géographiques des pays avaient été transférées au SEAE. Elle constate non sans optimisme au regard des contraintes fortes qui pèsent sur l'institution que « l'attribution des portefeuilles dans la prochaine Commission offrira l'opportunité au président de la Commission de réexaminer la situation ». Quant au Parlement, quelque peu plus audacieux, il propose que, dans la future Commission, et pour réaliser son plein potentiel en tant que vice-président de la Commission, le Haut représentant « se voie confier la mission de présider le groupe des commissaires RELEX, élargi à d'autres commissaires selon les besoins [...] et [de] développer davantage la pratique de propositions et de décisions communes » (64).

On constate surtout que l'une des grandes oubliées de l'élargissement de la cohérence de l'action extérieure est la mise en synergie de l'action extérieure *stricto sensu* avec le volet externe de certaines politiques internes, et qui ne cesse pourtant de se développer. Sont plus particulièrement concernés la sécurité énergétique, le changement climatique, l'immigration, la régulation financière et la gouvernance économique mondiale, dont la plus grande part des moyens humains est restée au sein des services de la Commission. Le SEAE, largement dépourvu de capacités en la matière, n'est ainsi pas en mesure de participer efficacement aux réunions interservices de la Commission et de soumettre idées et propositions au Conseil des Affaires étrangères dans ces différents domaines. Son manque d'impact sur le volet externe des politiques internes est ainsi regretté par la Cour des comptes (65).

(62) Il s'agit des commissaires au commerce, à la politique de voisinage, à l'élargissement, à la politique du développement, à l'aide humanitaire, et aux affaires économiques et monétaires.

(63) Alors que le Haut représentant dans son rapport sur le SEAE à mi-parcours (p. 10) évoque pudiquement sa participation aux réunions de la Commission « dans les limites des contraintes matérielles imposées par sa triple casquette », la Cour des comptes mentionne qu'il n'a pas été en mesure d'assister aux deux tiers des réunions de la Commission (pt 53).

(64) Voy. Rapport du Parlement européen, *op. cit.*, pt 4.

(65) Voy. Rapport spécial Cour des comptes, *op. cit.*, pt 55.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

Quant au FPI, nouveau service de la Commission chargé des instruments financiers de la politique étrangère, abrité par le SEAE (66), il a été conçu comme une passerelle entre les deux administrations. Si la baronne Ashton reconnaît avec prudence (67) que ce service ne peut pleinement être intégré au SEAE du fait des « prérogatives constitutionnelles » de la Commission pour l'exécution du budget, elle plaide néanmoins pour son « dégraissage » au profit du SEAE pour le renforcement de certaines missions, par exemple pour les mesures de mise en œuvre des sanctions. Mais, paradoxalement, elle évoque également l'idée que le FPI puisse être étoffé pour inclure un certain nombre de tâches d'exécution financière assumées par la DG Développement de la Commission au motif de leur lien étroit « avec les objectifs politiques essentiels du SEAE » (68).

L'articulation entre le SEAE et la Commission dans les délégations de l'Union européenne connaît de très nombreuses faiblesses unanimement stigmatisées par la Cour des comptes (69) et le Parlement (70). Outre la nécessité de mettre fin à la dualité des circuits financiers du SEAE et de la Commission précisément réclamée, c'est aussi l'organisation de la structure hiérarchique au sein des délégations qui est le plus souvent dénoncée. Bien que les personnels de la Commission soient formellement placés sous l'autorité du chef de délégation, ce dernier n'a pas de voix suffisamment importante dans leur affectation ou réaffectation, peine à les associer aux tâches politiques de la PESC et n'est pas toujours informé des directives et rapports qui circulent entre les services centraux de la Commission et leurs personnels au sein de la délégation. Par ailleurs, s'il existe bien une instance commune SEAE/Commission de coordination de gestion des délégations (EUDEL), la Commission a laissé subsister une structure qui lui est propre pour le traitement de ses responsabilités spécifiques (COMDEL) et ne tient pas toujours informé le SEAE des travaux de cette dernière, alors même que certains le concernent (71).

(66) Voy. *supra*.

(67) Le Parlement ne fait pas, quant à lui, preuve de la même prudence, puisqu'il réclame carrément sa pleine intégration dans le SEAE. Voy. Rapport E. Brok et R. Gualtieri, *op. cit.*, pt 7.

(68) Voy. Rapport du Haut représentant sur le SEAE à mi-parcours, p. 11 : il s'agirait de la composante à long terme de l'instrument de stabilité, du soutien, outre l'observation aux élections, et, d'une manière générale, les droits de l'homme et de la démocratisation couverts par l'IEDDH.

(69) Voy. Rapport spécial Cour des comptes, *op. cit.*, pts 57-60.

(70) Voy. Rapport du Parlement européen, *op. cit.*, pts 18, 21, 22 et 23.

(71) La Cour des comptes, dans son rapport spécial, dénonce l'absence de diffusion au SEAE de l'évaluation que la Commission a faite sur ses postes dans les délégations.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

3. – Les interrogations majeures quant aux équilibres délicats entre le SEAE et le Parlement pour le contrôle démocratique de l'action extérieure

Si le Parlement (72), comme il fallait s'y attendre, met l'accent sur une interprétation extensive de l'article 36 TUE et sur une mise en œuvre approfondie des engagements souscrits lors de la déclaration du 28 juillet 2010 de la Haute représentante sur la responsabilité politique, cette dernière en privilégie une lecture rationalisée qui puisse notamment tenir compte de la surcharge de travail inhérente à ses triples casquettes et du fonctionnement efficace du SEAE. Parmi les revendications du Parlement figurent de nouvelles propositions comme celles d'organiser, dans le respect des règles d'accès, la diffusion des comptes rendus politiques complets des délégations de l'Union. Le Parlement souhaite aussi étendre l'expérience positive de l'audition des chefs de délégation et des représentant spéciaux avant leur entrée en fonction, et ce, aux chefs de missions et d'opérations dans le cadre de la gestion de crises. Enfin et surtout, le Parlement prétend donner plus d'effectivité à l'obligation prévue à l'article 218.10 du TFUE, obligation d'information sur la négociation des accords internationaux y compris ceux relevant de la PESC, et dont la responsabilité revient aux services du SEAE. On sait que le Parlement n'a pas hésité sur ce point à recourir à la voie contentieuse et obtenu la condamnation du Conseil par la Cour dans l'affaire C-658/11 du 24 juin 2014 relative à l'accord conclu entre l'Union et l'île Maurice sur le transfert des pirates dans le cadre de la lutte contre la piraterie maritime (73).

La Haute représentante, après s'être félicitée des progrès réalisés dans les modalités de consultation proactive de la Commission des Affaires étrangères (AFET) du Parlement européen avant que les décisions sur la PESC/PSDC ne soient prises, notamment sur les échanges de vue informels entre les chefs de délégations et les représentants spéciaux nouvellement nommés, sur la planification et l'organisation des mission d'observation électorale, ou encore sur le budget de la PESC, revient plus avant sur un de ses chevaux de bataille ; il s'agit de la question épineuse de sa représentation devant le Parlement. Tout en soulignant qu'elle doit, dans toute la mesure du possible, participer aux séances plénières du Parlement européen, elle ajoute qu'au regard des charges importantes qui sont les siennes, elle doit pouvoir se faire représenter, ce qu'elle a déjà fait, soit par la présidence tournante, soit par un autre commissaire. Mais, surtout, elle plaide en faveur de la reconnaissance d'une capacité de représentation au profit du SEAE lui-même à travers « l'un de ses agents de haut rang ». Pour conclure ses réflexions, la Haute représentante invite donc « dans le cadre de la prochaine

(72) Voy. Rapport du Parlement européen, *op. cit.*, pts 27-32.

(73) On voit ainsi, dans cette affaire, la Cour refuser de s'enfermer dans une conception exclusivement formelle de l'information du Parlement européen dont il rappelle qu'elle est une exigence permettant de s'assurer « que le Parlement soit mis à même d'exercer un contrôle démocratique sur l'action extérieure de l'Union ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

transition institutionnelle, [à] réexaminer la déclaration de la HR/VP sur la responsabilité politique » (74). On ne saurait ignorer l'importance de l'innovation tendant à reconnaître au SEAE une capacité de représenter le Haut représentant dans les sessions plénières du Parlement : elle pourrait, en effet, contribuer à sortir ce dernier de son statut de simple service administratif pour lui conférer une dimension beaucoup plus politique dans les délicats équilibres interinstitutionnels qui caractérisent le système de l'Union.

Pour conclure cette réflexion, à mi-chemin entre optimisme et pessimisme, sur le SEAE et sa contribution à l'évolutionnisme du système d'action extérieure de l'Union dont le syndrome labyrinthique décourage parfois ses fidèles observateurs, on ne saurait que rallier le prudent pragmatisme dont a toujours fait preuve Claude Blumann. Sans doute ce dernier a-t-il voulu, à juste titre, s'inspirer d'un des principes fondateurs de l'évolutionnisme, rappelé par Jean Baptiste de Lamark et qui, appliqué au SEAE, vient singulièrement éclairer son devenir potentiel au sein du système d'action extérieure de l'Union : « *L'emploi plus fréquent et soutenu d'un organe quelconque fortifie peu à peu cet organe, le développe, l'agrandit et lui donne une puissance proportionnée à la durée de cet emploi, tandis que le défaut constant d'usage de tel organe l'affaiblit insensiblement, le détériore, diminue progressivement ses facultés et finit par le faire disparaître.* »

(74) Voy. Rapport du Haut représentant sur le SEAE à mi-parcours, p. 16, et recommandations à long terme, p. 23.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Le service européen d'action extérieure (SEAE), évolutionnisme ou illusionnisme du système d'action extérieure de l'Union ?...
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

DÉVELOPPEMENT DE LA POLITIQUE ENVIRONNEMENTALE DE L'UNION EUROPÉENNE : PEU D'ESPOIR À L'HORIZON

Claire VIAL
Professeur à l'Université Montpellier I
IDEDH (EA 3976)

En 1997, lors d'une journée d'étude organisée à l'Université Paris II sur le droit communautaire de l'environnement, Claude Blumann était chargé de dresser l'historique de la politique menée par la Communauté européenne en la matière. Les premiers mots de son intervention étaient les suivants : « c'est en apparence une tâche agréable et facile que d'effectuer un rappel historique de la politique communautaire de l'environnement. [...] Mais la réalité est beaucoup moins simple qu'il n'y paraît. D'abord, parce que l'histoire de l'environnement en droit communautaire est très récente, et par conséquent le passé se situe encore dans le présent ; et en second lieu parce que cette courte histoire est en même temps très dense et aussi particulièrement agitée, d'autant qu'à chaque étape correspondent en filigrane des événements forts de la construction européenne » (1). C'était allécher l'auditoire ! On ne pouvait qu'être pressé d'entendre la petite histoire de la politique communautaire de l'environnement, une petite histoire riche en rebondissements dont on voudrait, vite, connaître la fin, sans jamais s'être ennuyé pendant son récit.

Et on n'était pas déçu : « l'avancée, et même la percée de l'environnement en droit communautaire » est « foudroyante » ; « parti de rien, l'environnement occupe [...] une place centrale » (2) après l'attribution d'une compétence à la Communauté dans ce domaine, par l'Acte unique européen, et l'amélioration des dispositions ainsi introduites, par les Traités de Maastricht et d'Amsterdam. Comme le relève Claude Blumann à l'époque, on assiste à un changement de paradigme : « l'environnement, c'est le prélude à des politiques nouvelles en matière de santé, d'éducation, de culture ; en un mot, c'est le point de départ de l'Europe des citoyens, d'une Europe plus proche des hommes que des marchandises » (3). C'est, semble-t-il, la fin du « tout économique », l'avènement d'une nouvelle Europe, plus équilibrée, plus humaine, au sein de laquelle on assiste à une même prise de conscience des États membres et des institutions communautaires, un même élan, un même enthousiasme dans l'adoption des instruments propres à lutter contre

(1) Cl. Blumann, « Historique de la politique communautaire de l'environnement », in J. Dutheil de La Rochère (dir.), *Le droit communautaire de l'environnement. Mise en œuvre et perspectives*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 17.
(2) *Ibid.*
(3) *Ibid.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

la dégradation de l'environnement dans le monde en général, en Europe en particulier. Du début des années 1970 jusqu'à la fin des années 1990, « l'Union », en matière environnementale, est « sacrée ». Il y a bien encore, ici et là, quelques tiraillements, quelques conflits, de bases juridiques notamment. Mais ce qui ressort davantage de cette période, c'est l'esprit de collaboration : celle entre les institutions participant au processus décisionnel auquel on a donné une nouvelle tournure plus démocratique, plus efficace ; celle entre le législateur et le juge, le second venant utilement au soutien du premier en affirmant, avant l'heure, que la protection de l'environnement « est un des objectifs essentiels de la Communauté » (4) ; celle entre la Communauté et ses États membres avec une nouvelle répartition des compétences (5), un nouveau partage des tâches, visant à assurer un niveau élevé de protection, quel que soit l'échelon chargé d'édicter et/ou de mettre en œuvre la législation environnementale. C'est aussi une période caractérisée par une grande modernité : de nouveaux instruments sont élaborés, tels que les programmes d'action régulièrement adoptés depuis 1973 ; de nouveaux principes sont posés, tels que ceux de subsidiarité, d'intégration, de précaution, qui seront ensuite repris dans l'ensemble de l'action communautaire ; de nouvelles méthodes d'harmonisation s'appliquent et l'action en faveur de l'environnement se veut plus globale, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la Communauté. C'est une période faste et si l'essentiel des bases de la politique communautaire de l'environnement paraît avoir été jeté, on s'attend encore à de sérieux progrès dans le développement de cette dernière, à une amélioration significative de tout ce qui est conçu, progressivement, dans la perspective d'atteindre un fragile équilibre auquel on tente de donner une assise solide en créant un concept : celui de développement durable.

Le développement de la politique environnementale de l'Union européenne a-t-il été à la hauteur des espérances nées de cette période ? À la lecture des imposants manuels publiés dernièrement en la matière, on peut répondre par la positive. Certes, les traités modificateurs n'ont pas fondamentalement changé la donne. Mais ce n'est de toute façon pas ce que l'on en attendait dans la mesure où tout, quasiment, avait déjà été écrit avec les Traités de Maastricht et d'Amsterdam. On remarquera tout au plus, avec Ludwig Krämer (6), que le Traité de Lisbonne a ajouté aux objectifs de l'Union la lutte contre le changement climatique (7), précision qualifiée de « fortement insignifiante » par Patrick Thieffry qui se demande si cela était « bien nécessaire, voire utile » (8). Rien de très important effectivement, si ce n'est l'inscription dans le marbre de l'exigence de combattre le mal du siècle, en

(4) C.J.C.E., 7 février 1985, 240/83, *ADBHU*, *Rec.*, p. 531, pt 13.

(5) Mise en lumière par le dédicataire de cet ouvrage. Voy. ainsi Cl. Blumann, « Compétence communautaire et compétence nationale », in J.-C. Masclet (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 63.

(6) L. Krämer, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011, p. 12.

(7) Art. 191, § 1er, 4e tiret, TFUE.

(8) P. Thieffry, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 13.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

particulier sur la scène internationale. Plus remarquable, de ce point de vue, est l'introduction d'une nouvelle base juridique dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux fins de poursuivre une politique dans le domaine de l'énergie, même si les institutions n'ont pas eu à attendre un tel fondement pour agir en la matière. Finalement, l'ajout d'un nouvel objectif dans le cadre de la politique de l'environnement présente juste l'intérêt, très limité il est vrai, de faire le lien entre cette déjà vieille politique et celle plus jeune de l'énergie, qui renvoie également à « l'exigence de préserver et d'améliorer l'environnement », notamment en visant « à promouvoir l'efficacité énergétique et les économies d'énergie ainsi que le développement des énergies nouvelles et renouvelables » (9). Savoir comment s'articuleront les bases environnementale et énergétique lorsqu'il s'agira d'adopter des textes relevant des deux domaines est encore un autre problème, mais il ne devrait pas être très difficile à résoudre au vu de la jurisprudence bien établie en matière de conflits de bases juridiques (10). En dehors des développements du Traité de Lisbonne sur l'énergie et la lutte contre le changement climatique, on relèvera que le principe d'intégration des exigences de la protection de l'environnement dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union (11) s'accompagne désormais d'un même principe s'agissant des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles (12). L'avancée, du point de vue de la protection de l'environnement, n'en est pas une dans la mesure où cette exigence d'intégration est limitée à quelques politiques, qui plus est, autres que celle de l'environnement. La protection des animaux sauvages devrait continuer à se faire à titre purement collectif, aucune protection individuelle n'étant accordée à ces animaux aux côtés de la préservation de la biodiversité. En définitive, le seul apport intéressant du Traité de Lisbonne – mis à part « certaines des modifications apportées au cadre institutionnel général dans lequel [la politique de l'environnement] évolue [et qui] sont susceptibles d'influer sur sa mise en œuvre et ses applications » (13) – paraît être le fait que « l'environnement a enfin obtenu l'honneur d'être mentionné dans le traité sur l'Union européenne » (14).

Si la politique environnementale de l'Union s'est considérablement développée depuis 1997, c'est en raison et dans le cadre du sixième programme d'action communautaire pour l'environnement (15) dont on s'est demandé

(9) Art. 194, § 1er, TFUE.

(10) Voy. ainsi, s'agissant du premier conflit de bases juridiques opposant l'art. 194 TFUE aux art. 337 TFUE et 187 EA, C.J.U.E., 6 septembre 2012, aff. C-490/10, *Parlement c. Conseil*, et, s'agissant de l'articulation entre l'art. 194, § 2, al. 2, TFUE et l'art. 192, § 2, al. 1er, sous c), TFUE, Trib. UE, 7 mars 2013, T-370/11, *Pologne c. Commission*.

(11) Art. 11 TFUE.

(12) Art. 13 TFUE.

(13) P. Thieffry, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 9.

(14) L. Krämer, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 12. Voy. ainsi le cons. 9 du préambule du traité et l'art. 3, § 3, TUE.

(15) Décision 1600/2002/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juillet 2002, établissant le sixième programme d'action communautaire pour l'environnement, *J.O.C.E.*, L 242 du 10 septembre 2002, p. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

un temps si ce ne serait pas le dernier programme. En effet, alors que ce programme était censé couvrir une période de dix ans à compter du 22 juillet 2002, aucun nouveau programme n'a été adopté à l'échéance de cette période et l'action de l'Union s'est poursuivie dans un cadre *a priori* obsolète. Malgré cette situation, de nombreux textes ont été adoptés dans tous les domaines de la protection de l'environnement et de nombreux arrêts ont été rendus, notamment aux fins d'obliger les États membres à appliquer la législation à l'édiction de laquelle ils avaient pourtant largement participé. L'action de l'Union s'est d'ailleurs progressivement déplacée du terrain de l'élaboration des normes à celui de l'élaboration des moyens de mettre en œuvre ces normes, la « recherche d'efficience » des institutions pouvant être qualifiée, alors qu'arrivait le terme du sixième programme d'action pour l'environnement (PAE), de « prometteuse » (16). Mais plus de quarante ans après la première communication de la Commission où cette dernière indiquait que la préservation de l'environnement devait être considérée par la Communauté européenne et ses États membres comme « l'une des tâches les plus urgentes et les plus considérables » qui soient (17), le développement de la politique environnementale de l'Union nous paraît devoir bientôt s'essouffler. Le passé se situe toujours dans le présent et la place qu'il y occupe empêche d'envisager sereinement le futur. Plus longue, l'histoire de l'environnement en droit communautaire est aussi moins dense. Il est difficile de croire en une progression vers l'horizon 2020, vers l'horizon 2050, dates qui reviennent régulièrement dans les éléments de langage chers aux institutions européennes, lorsque l'on peine à distinguer la ligne d'horizon. L'horizon est-il bouché ? Malheureusement, il nous semble qu'en matière environnementale, l'évolutionnisme de façade (I) cache désormais un immobilisme de circonstance (II).

I. – Un évolutionnisme de façade

Très récemment, l'environnement est revenu sur le devant de la scène européenne et le sixième PAE a enfin été abandonné au profit d'un septième (18). S'il s'agit là, indéniablement, du signe de la reprise du développement de la politique environnementale de l'Union, cette dernière est timide. Le nouveau programme d'action (A) nous paraît, en effet, renouer avec de vieilles méthodes de protection (B).

(16) P. Thieffry, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 41.

(17) Communication de la Commission sur la politique de la Communauté en matière d'environnement, 22 juillet 1971, *SEC*(71) 2616 final.

(18) Décision 1386/2013/UE du Parlement européen et du Conseil, du 20 novembre 2013, relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 « Bien vivre, dans les limites de notre planète », *J.O.U.E.*, L 354 du 28 décembre 2013, p. 171.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

A. – Un nouveau programme d'action

Le septième programme d'action général de l'Union pour l'environnement a été adopté le 20 novembre 2013, après qu'a été évalué le sixième programme (19). Fondé, comme son prédécesseur, sur l'article 192, paragraphe 3, TFUE, le septième programme est également adopté pour une durée limitée, la période qu'il couvre allant jusqu'au 31 décembre 2020. La date ne doit rien au hasard. Elle correspond à celle retenue par la stratégie pour l'emploi et une croissance intelligente, durable et inclusive, stratégie sur laquelle les institutions de l'Union et les États membres s'appuient, depuis 2010, pour aider « l'Europe à se remettre de la crise et à en sortir plus forte, tant sur le plan interne qu'au niveau international, par le renforcement de la compétitivité, de la productivité, du potentiel de croissance, de la cohésion sociale et de la convergence économique » (20). Elle correspond également, notamment, à la date à laquelle doit être atteint l'objectif « des trois 20 » en matière de lutte contre le changement climatique (21), objectif à la fois indépendant (22) et partie de la Stratégie Europe 2020 (23).

À cette première date s'en ajoute une seconde, familière aux spécialistes du droit de l'énergie : 2050, l'année où devrait être achevée la mise en place d'« un système énergétique sûr, concurrentiel et décarbonisé » (24), selon les vœux du Conseil européen (25). C'est, en effet, à l'horizon 2050 que le septième PAE nous donne, ce qui constitue une grande nouveauté par rapport aux programmes précédents, une vision qui « se veut le fil conducteur de l'action à mener jusqu'en 2020 et au-delà » : « en 2050, nous vivons bien, dans les limites écologiques de notre planète. Nous devons notre prospérité et la bonne santé de notre environnement à notre économie innovante et circulaire, qui ne connaît pas de gaspillages et dans laquelle les ressources naturelles sont gérées de manière durable et la biodiversité est préservée, estimée et restaurée, de telle sorte à renforcer la résilience de notre société. Notre croissance à faibles émissions de CO_2 est depuis longtemps

(19) Communication de la Commission, 31 août 2011, « Le sixième programme d'action de l'UE pour l'environnement. Évaluation finale », *COM*(2011) 531 final.

(20) Conclusions du Conseil européen du 17 juin 2010, EUCO 13/10, pt 1.

(21) Selon cet objectif, il faudrait parvenir, dans l'Union, à une baisse de la consommation d'énergie de 20 %, une augmentation de 20 % de la part des sources d'énergie renouvelable dans la consommation intérieure brute d'énergie et une réduction de 20 % des émissions de gaz à effet de serre. Ces objectifs ont été revus à la hausse en 2014, avec un nouvel horizon, celui de l'année 2030 (communication de la Commission, 22 janvier 2014, « Un cadre d'action en matière de climat et d'énergie pour la période comprise entre 2020 et 2030 », *COM*[2014] 15 final).

(22) Communication de la Commission, 10 janvier 2007, « Limiter le réchauffement de la planète à 2 degrés Celsius. Route à suivre à l'horizon 2020 et au-delà », *COM*(2007) 2 final.

(23) Communication de la Commission, 3 mars 2010, « Europe 2020. Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », *COM*(2010) 2020 final.

(24) Communication de la Commission, 15 décembre 2011, « Feuille de route pour l'énergie à l'horizon 2050 », *COM*(2011) 885 final, p. 4.

(25) Conclusions du Conseil européen du 4 février 2011, EUCO 2/1/11 REV 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

dissociée de l'utilisation des ressources, créant la dynamique nécessaire à l'émergence d'une société mondialisée sûre et durable » (26).

Pour parvenir, en 2050, à « bien vivre, dans les limites de notre planète », le septième programme fixe neuf objectifs prioritaires répartis dans trois corbeilles. Dans la première, intitulée « Priorités thématiques », l'action de l'Union doit se concentrer sur les trois objectifs suivants : « protéger, conserver et améliorer le capital naturel de l'Union » ; « faire de l'Union une économie efficace dans l'utilisation des ressources, verte, compétitive et à faibles émissions de CO_2 » ; « protéger les citoyens de l'Union contre les pressions des risques pour la santé et le bien-être liés à l'environnement ». Dans la deuxième corbeille, qui correspond au « Cadre de référence » assurant l'efficacité de l'action, quatre objectifs sont listés : « tirer le meilleur profit de la législation de l'Union dans le domaine de l'environnement en améliorant sa mise en œuvre » ; « améliorer la base de connaissances et de données étayant la politique de l'environnement de l'Union » ; « garantir la réalisation d'investissements à l'appui des politiques dans les domaines de l'environnement et du climat et lutter contre les externalités environnementales » ; « améliorer l'intégration de la dimension environnementale et la cohérence de politiques ». Enfin, la troisième corbeille vise à « répondre aux défis locaux, régionaux et mondiaux » en prévoyant la poursuite de deux derniers objectifs : « renforcer le caractère durable des villes de l'Union » et « accroître l'efficacité de l'Union dans la lutte contre les problèmes qui se posent aux niveaux régional et mondial dans le domaine de l'environnement et du climat ».

À la lecture du septième programme, il semble que l'Union ait décidé de changer de stratégie. Il ne s'agirait plus de fixer d'abord un cadre général d'action et ensuite des objectifs et domaines d'action prioritaires, comme dans le sixième programme, mais de mettre sur le même plan l'ensemble des objectifs poursuivis, peu importe leur caractère général ou particulier, leur dimension matérielle ou institutionnelle, leur portée géographique. Au canevas du PAE précédent, qui s'attachait à définir des principes et des buts généraux, puis des approches stratégiques mettant en œuvre ces principes aux fins d'atteindre ces buts, puis des stratégies thématiques traduisant la nécessité de prioriser certains domaines plutôt que d'autres, s'est substitué un ouvrage toujours aussi structuré, mais moins vertical, plus linéaire. Le changement d'approche trouve son explication, semble-t-il, dans l'évaluation des résultats obtenus jusqu'à présent, la Commission constatant, il était temps, que « l'inclusion d'objectifs dans le PAE ne garantit pas que les États membres s'engagent à réaliser effectivement ces objectifs » (27). En accordant la même importance au contenu des règles et aux moyens de les mettre en œuvre, le septième programme devrait permettre de gagner en efficacité, pour peu, évidemment, qu'il y ait « un engagement absolu

(26) 7e PAE, préc., pt 1.
(27) Communication de la Commission, « Le sixième programme d'action de l'UE pour l'environnement. Évaluation finale », préc., p. 14.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

des États membres et des institutions compétentes de l'Union, ainsi que la volonté d'assurer la concrétisation des effets positifs escomptés du programme » (28). Avec le septième PAE se dessine une route bien droite, barrée d'un double horizon, que l'on emprunte frappé d'une vision et lesté de tous les moyens propres à atteindre des objectifs interdépendants et, partant, tous aussi fondamentaux les uns que les autres. Mais il n'est pas certain que cette route soit différente de celle qui nous a menés jusque-là et un nouveau programme d'action peut, c'est le cas ici, reprendre de vieilles méthodes de protection.

B. – De vieilles méthodes de protection

La robe et le verbe – pour ne pas dire l'enrobage et le verbiage, c'est très négatif – du septième programme peuvent être différents, les méthodes restent les mêmes. Quand le vocabulaire employé ne cherche pas à masquer cette réalité, elle est particulièrement frappante. Ainsi, il s'agit toujours, au niveau interne, de protéger l'environnement de manière intégrée et cohérente, notamment au moyen d'une évaluation *ex ante* et d'une évaluation *ex post*. De la même façon, il s'agit toujours, au niveau externe, de promouvoir l'environnement, en particulier en intégrant sa protection dans l'ensemble des relations extérieures de l'Union. On remarquera tout au plus que le septième PAE met davantage en avant le niveau local en insistant sur la nécessité de renforcer le développement durable des zones urbaines et périurbaines, 80 % de la population de l'Union étant appelés à résider dans ces zones d'ici 2020.

Lorsque le découpage de l'action et la terminologie utilisée changent, il est plus difficile de percevoir que le septième programme fait du neuf avec de l'ancien. C'est pourtant le cas. Il en va ainsi du premier objectif prioritaire qui consiste à préserver le capital naturel de l'Union (29), objectif qui se substitue à celui antérieur de la protection de la nature et de la diversité biologique (30). Certes, l'approche écosystémique est ici davantage mise en valeur, mais elle n'est pas réellement novatrice. Si les débuts de la construction de la politique communautaire de l'environnement ont montré une tendance à la sectorisation, cela fait longtemps que cette dernière a cédé la place à une globalisation de la protection, en raison de la prise de conscience de l'interdépendance des éléments du milieu et, partant, de la nécessité d'agir de manière transversale, intégrée (31).

S'agissant du deuxième objectif prioritaire du septième PAE, le constat est le même. Cet objectif consistant à faire de l'Union une économie

(28) Décision 1386/2013/UE, préc., cons. 5.

(29) C'est-à-dire « sa biodiversité, y compris les écosystèmes fournissant des biens et des services essentiels, des sols fertiles et des forêts multifonctionnelles aux terres productives et aux mers, de la bonne qualité de l'eau douce et de l'air pur à la pollinisation » (7e PAE, préc., pt 17).

(30) 6e PAE, préc., art. 6.

(31) Voy. ainsi P. Thieffry, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 41-43.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

respectueuse de l'environnement englobe, matériellement, deux objectifs du sixième programme : d'une part, la lutte contre le changement climatique ; d'autre part, l'utilisation et la gestion durables des ressources naturelles et des déchets (32). La promotion du développement durable est ici très présente et l'approche économique de l'environnement ne surprend pas, de même que le lien qui est opéré entre la protection de l'environnement et celle des consommateurs. Il s'agit toujours de trouver la juste combinaison d'instruments réglementaires et d'autres comprenant « des incitations économiques, des instruments fondés sur le marché, des exigences en matière d'information, ainsi que des mécanismes à participation volontaire et des mesures destinées à compléter les cadres législatifs et à associer les parties prenantes à différents niveaux » (33). On espère tout au plus que l'ensemble de ces instruments sera effectivement, comme le prévoit le septième programme, regroupé dans un cadre juridique plus cohérent (34).

Quant au troisième objectif prioritaire qui vise à protéger la santé et le bien-être des citoyens de l'Union, il se contente de reprendre ce que le sixième programme recherchait au titre de la trilogie « Environnement, santé et qualité de vie » (35) et accentue un peu plus le lien noué dès l'origine par le traité entre protection de l'environnement et protection de la santé (36). En la matière, l'approche reste classique et il s'agit essentiellement de continuer à adapter la réglementation existante au progrès technique et scientifique et à poursuivre sa mise en œuvre effective.

Dans tous les domaines, le septième programme recommande l'adoption par la Commission de textes non contraignants chargés de fournir des stratégies à l'Union et on sait qu'ils sont déjà nombreux en matière environnementale et énergétique. L'accent est également mis sur l'amélioration de la recherche et du développement, ainsi que sur la réalisation d'investissements, l'innovation étant encouragée. Là aussi, rien de neuf. Mais ce qui est encore plus caractéristique d'une absence de renouvellement des méthodes est sans nul doute ce qui est aussi le plus problématique, dans la mesure où on ne peut pas affirmer que ces méthodes soient éprouvées au vu des résultats obtenus. Il s'agit de la question de la mise en œuvre de la législation environnementale de l'Union. À cet égard, les termes employés par le septième PAE sont dépourvus d'ambiguïté : « dans les années à venir, il sera [...] considéré comme une priorité absolue d'améliorer la mise en œuvre de l'acquis de l'Union en matière d'environnement au niveau de l'État membre » (37). Si les méthodes sont, en la matière, loin d'être éprouvées, la rengaine est éprouvante. Et les moyens recommandés sont toujours les mêmes, avec juste un goût plus prononcé qu'avant pour l'application de la Convention d'Aarhus, ce qui n'a rien d'étonnant eu égard à la date de sa réception

(32) 6e PAE, préc., art. 5 et 8.
(33) Décision 1386/2013/UE, préc., cons. 33.
(34) 7e PAE, préc., pt 43, v).
(35) 6e PAE, préc., art. 7.
(36) Art. 191, § 1er, TFUE.
(37) 7e PAE, préc., pt 57.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

dans l'ordre juridique de l'Union (38). Il faut ainsi que « le public ait accès à des informations claires sur les modalités de mise en œuvre du droit de l'Union en matière d'environnement » ; que « la confiance des citoyens dans [ce] droit et dans sa mise en œuvre soit renforcée » ; que « l'application du principe de protection juridictionnelle effective pour les citoyens et leurs organisations soit facilitée » (39). Aux fins de satisfaire à ces exigences, le septième programme préconise de « s'assurer que soient en place, au niveau national, des mécanismes cohérents et efficaces de traitement des plaintes » ; de « veiller à ce que les dispositions nationales concernant l'accès à la justice reflètent la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne » ; de « promouvoir des mécanismes non judiciaires de résolution des conflits afin de pouvoir régler à l'amiable et de façon effective des conflits dans le domaine de l'environnement » (40). Autant de pistes qu'il nous paraît essentiel de suivre, mais sur lesquelles nous ne pensons pas qu'il faille se focaliser, parce qu'elles nous semblent propres à occulter, comme l'ensemble des mesures adoptées dernièrement en matière environnementale, un comportement préoccupant de la part de l'Union : celui qui s'attache à observer un immobilisme de circonstance.

II. – Un immobilisme de circonstance

Si le développement de la politique environnementale de l'Union paraît se poursuivre, nous ne croyons pas en son évolution. Nous regrettons plutôt une stagnation qui est malheureusement conforme à ce que l'on peut attendre de la situation dans laquelle se trouvent les institutions européennes et les États membres. Il est inquiétant que l'Union refuse de fondamentaliser la protection de l'environnement (A), mais logique dans la mesure où cela revient à éviter d'assurer la prééminence de l'environnement sur d'autres intérêts tels que ceux économiques (B).

A. – Le refus de fondamentaliser la protection de l'environnement

Le droit à un environnement sain n'est pas garanti dans l'ordre juridique de l'Union. Certes, l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose qu'« un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable ». Mais cette disposition n'attribue pas à chacun « le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » comme le fait, par

(38) 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, *J.O.U.E.*, L 124 du 17 mai 2005, p. 1.

(39) 7e PAE, préc., pt 65, a), d) et e).

(40) *Ibid.*, iv) et v).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

exemple, l'article 1er de la Charte de l'environnement en France (41). Les explications relatives à la Charte sont très claires à ce sujet, le présidium de la Convention qui a élaboré le catalogue des droits fondamentaux de l'Union indiquant que le principe contenu dans l'article 37 a été fondé sur les dispositions des traités, en particulier l'article 11 TFUE. La mention selon laquelle ce principe d'intégration « s'inspire également des dispositions de certaines constitutions nationales » ne modifie pas sa nature et il reste un simple principe directeur de l'action de l'Union en matière environnementale, même si l'article 37 de la Charte « lui offre une assise "de portée constitutionnelle" indéniable » (42). Si les « potentialités juridictionnelles » (43) de cette disposition existent, le juge de l'Union ne les a jusqu'à présent pas employées pour consacrer et protéger un quelconque droit à un environnement sain et il ne nous paraît pas prêt à le faire au vu de sa récente jurisprudence sur les dispositions de la Charte qui garantissent des principes plutôt que des droits (44). Finalement, si la Charte opère une fondamentalisation, ce n'est pas celle à laquelle on pouvait s'attendre : seul le principe d'intégration de l'environnement acquiert une dimension fondamentale et la Charte reste en retrait par rapport aux constitutions de certains États et au droit international, en particulier le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

À cet égard, le décalage entre le droit de l'Union et le droit de la Convention est frappant. On aurait pu croire que le premier serait plus à même de garantir le droit à un environnement sain que le second. D'abord parce que la protection de l'environnement entre dans les attributions de l'Union, tandis que le juge de la Convention ne devrait pas avoir à en connaître. Ensuite parce que la Convention européenne des droits de l'homme ne protège que des droits civils et politiques alors que la Charte est reconnue comme étant « le premier instrument international à donner corps au principe d'indivisibilité des droits de l'homme et à rassembler dans un seul texte les droits civils et politiques et les droits [économiques et] sociaux, qui se voient ainsi reconnaître la même qualité de "valeurs communes" que les premiers » (45). C'est pourtant dans le système de la Convention qu'est consacré le droit

(41) On admettra tout au plus qu'avec l'art. 37 de la Charte, « la dimension subjective de [la] préoccupation environnementale est présente de façon implicite dans l'Union européenne » (concl. Av. gén. Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 26 mai 2005 dans l'aff. *Commission c. Conseil* [C.J.C.E., 13 septembre 2005, C-176/03, *Rec.*, p. I-7879], pt 69).

(42) N. Hervé-Fournereau, « Droit à l'environnement et ordre juridique communautaire. Une alliance d'ombres et de lumières », in *Pour un droit commun de l'environnement*, *Mélanges en l'honneur de M. Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 529, spéc. p. 549. Sont expliquées, dans cette remarquable contribution, toutes les raisons pour lesquelles la protection de l'environnement a été intégrée, en la forme litigieuse, dans la Charte.

(43) Selon l'expression employée par N. Hervé-Fournereau, *ibid.* p. 559.

(44) Voy. ainsi C.J.U.E., 15 janvier 2014, aff. C-176/12, *Association de médiation sociale*, non encore publ. ; obs. R. Tinière, « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », *RDLF*, 2014, chron. 14 (www.revuedlf.com).

(45) F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11e éd., Paris, PUF, 2012, p. 160.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

strada lex
EUROPE

de vivre dans un environnement sain et qu'aucun droit comparable n'est reconnu dans le système de l'Union. Les deux systèmes ne sont pas équivalents de ce point de vue et peut-être faudrait-il que le juge de l'Union, s'il en a l'occasion, renoue avec la technique des principes généraux du droit, sur le fondement de l'article 6, paragraphe 3, TUE, pour pallier les insuffisances de la Charte à laquelle l'article 6, paragraphe 1er, TUE donne valeur de droit primaire. En d'autres termes, il pourrait s'inspirer de la jurisprudence rendue par la Cour européenne depuis 1994 en matière environnementale (46), plutôt qu'appliquer uniquement la Convention d'Aarhus qui, paradoxalement, semble entraver la reconnaissance d'un droit à un environnement sain dans l'ordre juridique de l'Union.

L'approbation de cette convention a sans nul doute produit des effets positifs. Les droits procéduraux qu'elle protège sont garantis par le législateur de l'Union qui a adopté les textes nécessaires pour assurer l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière environnementale (47). Encore faut-il être plus nuancé s'agissant de ce dernier aspect, seuls les institutions et organes de l'Union étant pour l'instant contraints par des dispositions d'application de la Convention garantissant le droit à une protection juridictionnelle effective (48), la proposition de la Commission relative à l'accès à la justice en matière d'environnement (49) n'ayant jamais été adoptée en raison de la réticence des États membres. Le juge de l'Union est de plus en plus souvent amené à interpréter et à appliquer la Convention d'Aarhus (50) et les

(46) Pour un panorama de cette jurisprudence depuis l'arrêt *López Ostra c. Espagne* du 9 décembre 1994 (req. nº 16798/90), voy. F. Sudre, *ibid.*, pp. 548 et s.

(47) Règlement (CE) nº 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, *J.O.U.E.*, L 264 du 25 septembre 2006, p. 13 ; 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, *J.O.U.E.*, L 41 du 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, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil, *J.O.U.E.*, L 156 du 25 juin 2003, p. 17.

(48) À ce sujet, voy. N. de Sadeleer et C. Poncelet, « Contestation des actes des institutions de l'Union européenne à l'épreuve de la Convention d'Aarhus », *Rev. trim. dr. eur.*, 2013, p. 7.

(49) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'accès à la justice en matière d'environnement, 24 octobre 2003, *COM*(2003) 624 final.

(50) Voy. ainsi C.J.U.E., 8 mars 2011, C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie*, *Rec.*, p. 1255. En l'espèce, la Cour juge que, si l'art. 9, § 3, de la Convention est dépourvu d'effet direct, il appartient à la juridiction de renvoi d'interpréter, dans toute la mesure du possible, le droit procédural relatif aux conditions devant être réunies pour exercer un recours administratif ou juridictionnel conformément tant aux objectifs de cette disposition qu'à celui de protection juridictionnelle effective des droits conférés par le droit de l'Union, afin de permettre à une organisation de défense de l'environnement de contester devant une juridiction une décision prise à l'issue d'une procédure administrative susceptible d'être contraire au droit de l'Union de l'environnement.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

textes qui la mettent en œuvre (51). Cela étant, l'esprit dans lequel il le fait n'est pas de garantir le droit « de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être » (52). Il s'agit plutôt de protéger les droits procéduraux qui sont attachés à ce droit substantiel, comme l'exige la Convention, aux fins seulement d'assurer la mise en œuvre du droit de l'Union en matière environnementale. On ne peut que regretter cette absence de reconnaissance du droit à un environnement sain dans sa dimension matérielle (53), absence qui s'explique par le refus d'établir une hiérarchie entre l'environnement et d'autres intérêts et qui risque effectivement de conduire à nier la prééminence du premier sur les seconds.

B. – Le refus d'assurer la prééminence de l'environnement

Dans l'ordre juridique de l'Union, tout est affaire de conciliation et l'environnement n'échappe pas à la règle depuis qu'une compétence a été attribuée à la Communauté européenne en la matière. Le fait que la construction communautaire se soit progressivement détachée de la vocation initialement purement économique de la Communauté n'y change rien. S'il est vrai qu'un niveau élevé de protection doit être poursuivi dans l'Union et qu'il faut intégrer cette exigence dans chacune de ses politiques, en particulier celles qui revêtent un caractère économique, on ne saurait affirmer que l'environnement bénéficie d'un avantage lorsqu'il est nécessaire d'effectuer des arbitrages. Il en irait peut-être autrement si l'environnement était protégé pour lui-même plutôt qu'en considération des bénéfices que sa préservation représente pour les citoyens de l'Union. Mais l'approche anthropocentrique est de mise ici comme ailleurs (54) et le fait que le droit de l'Union protège

(51) Voy. ainsi, récemment, C.J.U.E., 12 mai 2011, aff. C-115/09, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen*, *Rec.*, p. I-3673 ; 18 octobre 2011, C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09, *Boxus e.a.*, *Rec.*, p. I-9711 ; 14 février 2012, C-204/09, *Flachglas Torgau* ; 16 février 2012, C-182/10, *Solvay e.a.* ; Trib. UE, 14 juin 2012, T-338/08, *Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe c. Commission* ; T-396/09, *Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht c. Commission* ; C.J.U.E., 15 janvier 2013, C-416/10, *Križan e.a.* ; 11 avril 2013, aff. C-260/11, *Edwards et Pallikaropoulos* ; 18 juillet 2013, aff. C-515/11, *Deutsche Umwelthilfe* ; 7 novembre 2013, aff. C-72/12, *Gemeinde Altrip e.a.* ; 19 décembre 2013, C-279/12, *Fish Legal et Shirley* ; 13 février 2014, aff. C-530/11, *Commission c. Royaume-Uni*.

(52) Art. 1er de la Convention d'Aarhus.

(53) En 2004, Alexandre Kiss faisait état de trois tendances s'agissant de la reconnaissance du « droit à l'environnement » en droit international : « La première, la plus ancienne et celle qui est la plus généralement acceptée, est une conception procédurale du droit à l'environnement. La seconde cherche à insérer des préoccupations environnementales dans les droits déjà protégés par des instruments internationaux. La troisième, encore au stade de tâtonnements, tend à proclamer des droits substantiels pouvant être rattachés à la protection de l'environnement » (« Environnement, droit international, droits fondamentaux », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, no 15). Dix ans après, nous pouvons constater que l'évolution de l'Union est limitée : la première tendance n'a jamais été dépassée.

(54) Encore que tous les systèmes juridiques n'aient pas la même propension à l'anthropocentrisme. À ce sujet, voy. P. Thieffry, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 19.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

plus les individus que l'environnement (55), fût-il le leur, peut expliquer que ce dernier cède parfois devant les intérêts des opérateurs économiques qui sont aussi des individus.

Quitte à conserver la même approche anthropocentrique de la protection de l'environnement, il aurait été et il serait judicieux de consacrer le droit des individus à un environnement sain. Cela permettrait de donner un léger avantage à la protection de l'environnement lorsque cet intérêt se heurte à d'autres, tels que ceux préservés dans le cadre du marché intérieur. Pour être fondamentales, les libertés de circulation ne sont pas des droits fondamentaux et dans le conflit qui opposerait le principe de libre circulation des marchandises au droit à un environnement sain, par exemple, le second pourrait sortir plus souvent victorieux que le premier. Un premier pas en ce sens pourrait juste consister à viser l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux, comme la Cour de justice vise l'article 35 relatif à la protection de la santé, lorsqu'elle apprécie la validité d'une mesure d'harmonisation qui restreint la liberté professionnelle et la liberté d'entreprise (56). Mais, pour l'instant, aucune utilisation de l'article 37 de la Charte par le juge (57), comme nous l'avons dit, et aucune reconnaissance du droit à un environnement sain dans l'ordre juridique de l'Union, ce que nous interprétons comme le refus délibéré d'assurer la prééminence de l'environnement.

C'est peut-être justifié au regard du concept de développement durable qui n'exige pas que les intérêts économiques s'effacent toujours devant la protection de l'environnement (58). Et il serait faux d'affirmer que les intérêts environnementaux s'effacent toujours, dans la législation et la jurisprudence de l'Union, devant l'établissement et le bon fonctionnement du

(55) Ce qui transparaît dans la formulation de l'art. 191, § 1er, TFUE, qui fait de la protection de la santé des personnes l'un des objectifs de la politique environnementale de l'Union. Sur « la position centrale de l'individu » dans le domaine de la protection de l'environnement, voy. P. Talla Takouram, « Les individus et le droit de l'environnement », in *Pour un droit commun de l'environnement*, *Mélanges en l'honneur de M. Prieur*, *op. cit.*, p. 671, spéc. p. 672.

(56) C.J.U.E., 6 septembre 2012, C-544/10, *Deutsches Weintor*, non encore publ.

(57) Alors que le texte de cette disposition devait permettre « au moins à la Cour de justice [...] d'y trouver une "accroche" pour orienter sa jurisprudence dans le sens d'une protection accrue de l'environnement, sur la base de [...] la "justiciabilité normative" » (G. Braibant, « L'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, no 15).

(58) La combinaison des exigences environnementales, économiques et sociales doit, au contraire, être équilibrée. Dès la première stratégie de l'Union en faveur du développement durable, la Commission a ainsi affirmé qu'« il faut une croissance économique qui favorise le progrès social et respecte l'environnement, une politique sociale qui stimule l'économie et une politique de l'environnement qui soit à la fois efficace et économique » (communication de la Commission, 19 juin 2001, « Développement durable en Europe pour un monde meilleur : stratégie de l'Union européenne en faveur du développement durable », *COM*(2001) 264 final, p. 2). En 2006, la nouvelle stratégie de l'UE en faveur du développement durable ne rompt pas l'équilibre, la protection de l'environnement étant un objectif clé parmi d'autres, dont la prospérité économique (Conseil de l'Union européenne, 9 juin 2006, 10117/06, pt 6).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019

marché intérieur (59). Nous croyons cependant qu'il est temps de donner à la politique de l'environnement une nouvelle direction. Lorsque l'Union agit, il faut certes de la mesure et, à cet égard, respecter le principe de proportionnalité qui a fait ses preuves lorsqu'il s'agit d'assurer un équilibre entre des intérêts contradictoires. Il faut également être réaliste et accepter l'idée que le déséquilibre n'est pas envisageable, en particulier dans un contexte de crise économique. Il faut encore admettre, de manière pragmatique, qu'il est peut-être plus opportun de faire porter l'effort sur la mise en œuvre du droit de l'environnement de l'Union plutôt que de chercher à repenser ce droit. Mais cela sera-t-il suffisant pour parvenir, en 2050, à « bien vivre, dans les limites de notre planète » ? Au lieu de s'acharner à trouver les meilleurs moyens d'appliquer les normes environnementales, il nous paraît préférable de commencer par donner du sens à ces normes lors de leur élaboration et de leur adoption. Ce serait agir mieux en amont pour obtenir mieux en aval. Et il nous semble alors essentiel que les institutions de l'Union et les États membres fassent maintenant un choix : par principe, la prééminence de l'environnement.

Que se passera-t-il sinon ? En 2050, la trop longue histoire de l'environnement se terminera mal. Faute de ne pas avoir su tirer les erreurs du passé, nous n'aurons jamais réussi à nous tourner vers l'avenir et le présent sera celui que les premières lignes d'un prochain PAE évoqueront en ces termes : « en 2050, nous avons atteint les limites écologiques de notre planète et nous vivons mal. Nous ne sommes jamais parvenus à assurer notre prospérité et la bonne santé de notre environnement. S'il est encore possible de créer la dynamique nécessaire à l'émergence d'une société mondialisée, sûre et durable, c'est maintenant *la* tâche la plus urgente et la plus considérable qui soit ».

(59) Sur les relations entre la protection de l'environnement et l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur, voy. N. DE SADELEER, « Environnement et marché intérieur », in Cl. BLUMANN (coord.), *Commentaire J. Mégret, Marché intérieur*, 3e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2010.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Développement de la politique environnementale de l'Union européenne : peu d'espoir à l'horizon
Éditions Larcier - © Larcier - 26/09/2019