

Leçon 5 - Le perfectionnement du système juridictionnel européen autour de la Cour de justice de l'Union européenne

- Au fil du temps et de manière progressive, la Cour de justice des Communautés européennes (puis de l'Union européenne) s'étoffe structurellement en interne d'une part, et renforce ses relations avec les autres juridictions, nationales ou européennes, d'autre part. Sur le premier plan, la constitutionnalisation de l'office de la Cour induite par les arrêts fondateurs de la jurisprudence communautaire (v. leçon 4) se confirme donc, en creux, par la création en 1988 d'une autre instance au sein de l'institution juridictionnelle communautaire (section I). Le perfectionnement du système juridictionnel européen qui en résulte s'accompagnera d'un second phénomène. Parallèlement au développement institutionnel, se construit autour de la Cour de justice un espace juridictionnel paneuropéen. Le système juridictionnel proprement dit de la juridiction de l'Union s'enrichit en effet à travers le développement d'un « *dialogue juridictionnel* » (selon l'expression du commissaire du gouvernement Bruno Genevois) avec les juridictions nationales et européennes (section II).

Section I. Le développement de la fonction juridictionnelle au sein de l'Union européenne

- Depuis 1988, l'institution que l'on dénomme aujourd'hui « Cour de justice de l'Union » ne se compose plus uniquement de la Cour de justice, mais comprend désormais – au minimum – un Tribunal chargé d'examiner en première instance un certain nombre de recours directs. En vertu du Traité de Nice adopté en 2001, des juridictions spécialisées ont même pu être instaurées – comme ce fut le cas entre 2004 et 2016 avec le Tribunal de la fonction publique. Dans cette nouvelle architecture reposant sur plusieurs niveaux de juridiction, le rôle de la Cour de justice dans l'interprétation des questions essentielles du droit de l'Union apparaît comme mis en avant – ce que renforce par ailleurs le fait que son action est normalement concentrée sur les questions de droit, le juge du fond appréciant souverainement les questions de fait.

En savoir + : Perception de son office par la Cour

Dans l'architecture issue de la création du Tribunal, à travers le renvoi préjudiciel, les recours des requérants privilégiés et le pourvoi, la Cour perçoit son action comme recentrée sur ses « *fonctions principales* » : « *[the] guarantee respect for the distribution of powers between the Community and its Member States and between the Community institutions, the uniformity and consistency of Community law and to contribute to the harmonious development of the law in the Union* » (*The future of the Judicial System of the European Union : Proposals and Reflections*, ECJ'S President on 28 May 1999).

En pratique, ce qui suit la période de conception d'une juridiction communautaire, c'est tout simplement une période de croissance de la fonction juridictionnelle au sein de la Communauté et de l'Union. Une fois acceptée son importance et découverte la pluralité de ses fonctions,

ce développement se traduit donc tout d'abord sous un angle organique (§1). Moins visible et pourtant significatif de cette promotion de la fonction juridictionnelle, il faut ajouter à la création de nouveaux organes juridictionnels la généralisation des domaines de compétence de la Cour de justice de l'Union européenne (§2).

§1. Le développement de l'institution juridictionnelle

- Le développement de l'architecture juridictionnelle de la Cour de justice de l'Union se matérialise, organiquement, par la création du Tribunal de première instance et du Tribunal de la fonction publique ainsi que par l'augmentation du nombre de juges (A). Corrélativement, sur un plan procédural, ce développement se traduit par l'enrichissement des voies de recours existantes dans le système contentieux européen (B). En effet, avec la création de niveaux de juridiction, garantir l'unité de la jurisprudence imposait de placer au sommet de cette nouvelle architecture un organe, la Cour de justice, chargé d'examiner les recours exercés contre les décisions rendues par les juridictions communautaires inférieures.

A. L'accroissement du nombre d'organes juridictionnels

- Au-delà des réflexions théoriques qui l'accompagnent quant à la fonction juridictionnelle de la Cour de justice, le développement organique de l'institution répond à un besoin pratique impérieux : le contentieux européen connaît en effet une croissance constante et exceptionnelle (1). La création d'un Tribunal de première instance sera perçue comme une réussite, puisque celle-ci deviendra progressivement la juridiction de droit commun en matière de recours directs (2). Au contraire, la possibilité ouverte ultérieurement par le Traité de Nice (2001) de créer des juridictions spécialisées ne paraît pas avoir convaincu et il a été mis fin à l'expérience tentée avec le Tribunal de la fonction publique (3).

1. Les circonstances de la réforme de 1986

- Cette croissance résulte à la fois de l'élargissement de la Communauté puis de l'Union, qui implique mécaniquement une augmentation du nombre d'affaires soumises à la juridiction communautaire, et des progrès de l'intégration qui voient le droit communautaire investir de plus en plus de domaines matériels.

Chiffres

Alors qu'en plus de trente ans (de 1953 à 1988), seulement 5 653 affaires sont introduites, on en dénombre par la suite 3 287 en moins de dix ans (entre 1989 et 1997). Et le mouvement d'expansion du volume contentieux ne s'est plus arrêté depuis lors. Ainsi, alors que le juge communautaire est saisi de 1 089 affaires rien que pour l'année 1997, en 2015 il y a eu 1 711 affaires nouvellement enregistrées (source : statistiques judiciaires de la Cour de justice).

En 1985, à la veille de l'adhésion du Portugal et de l'Espagne, l'arriéré de la Cour, qui ne comprend alors que 13 juges et 6 avocats généraux, prend des proportions graves : 810 affaires sont déjà pendantes. Malgré des efforts significatifs et l'augmentation du nombre de juges, à la fin de l'année 1987 la Cour accuse encore un déficit de 527 affaires.

La légitimité d'une Cour incapable de rendre ses décisions en conformité avec l'exigence de délai raisonnable est alors en jeu. Un retard excessif à Luxembourg serait d'autant plus dommageable que

nombre de décisions sont rendues dans le cadre du renvoi préjudiciel – ce qui veut dire qu’au temps passé à l’examen de la question préjudicielle, il faut ajouter celui de la procédure principale en cours devant les juridictions internes. Alors qu’en moyenne il faut déjà 20 mois pour l’examen d’un recours direct et 14 pour les procédures préjudicielles, à la fin des années 80 il devient donc urgent d’agir – au risque sinon de voir le juge national se détourner d’une coopération juridictionnelle nécessaire pour la bonne application du droit communautaire.

- Après avoir accordé en 1978 à la Cour la possibilité de statuer dans une formation de chambre à 7 juges, et non obligatoirement en formation plénière (sauf demande d’un Etat ou d’une institution partie à l’instance), les Etats membres se trouvent donc quelques années plus tard devant une alternative : augmenter le nombre de juges (solution d’abord rejetée en 1978 avant d’être mise en œuvre *a minima* par la décision du 30 mars 1981, ajoutant un nouveau juge et un nouvel avocat en sus de ceux impliqués par l’élargissement aux pays méditerranéens), ou augmenter la capacité de travail de l’institution en créant une nouvelle juridiction.

Le choix en faveur de la seconde solution, opéré en 1986 au moment de la signature de l’Acte unique européen, amène à consacrer dans un nouvel article 168 A du Traité instituant la Communauté économique européenne la compétence du Conseil pour « adjoindre » à la Cour de justice une juridiction de première instance (des dispositions similaires sont introduites dans le TCECA et le Traité Euratom).

Article 168 A TCEE

1. Sur demande de la Cour de justice et après consultation de la Commission et du Parlement européen, le Conseil, statuant à l’unanimité, peut adjoindre à la Cour de justice une juridiction chargée de connaître en première instance, sous réserve d’un pourvoi porté devant la Cour de justice, limité aux questions de droit, dans les conditions fixées par le statut, de certaines catégories de recours formées par des personnes physiques ou morales. Cette juridiction n’aura compétence pour connaître ni des affaires soumises par des Etats membres ou par des institutions communautaires ni des questions préjudicielles soumises en vertu de l’article 177.

2. Le Conseil, agissant selon la procédure prévue au paragraphe 1, fixe la composition de ladite juridiction et adopte les adaptations et les dispositions complémentaires nécessaires au statut de la Cour de justice. Sauf décision contraire du Conseil, les dispositions du présent traité relatives à la Cour de justice, et notamment les dispositions du protocole sur le statut de la Cour de justice, sont applicables à cette juridiction.

3. Les membres de ladite juridiction sont choisis parmi les personnes offrant toutes les garanties d’indépendance et possédant la capacité requise pour l’exercice de fonctions juridictionnelles ; ils sont nommés d’un commun accord pour six ans par les gouvernements des Etats membres. Un renouvellement partiel a lieu tous les trois ans. Les membres sortants peuvent être nommés à nouveau.

4. Ladite juridiction établit son règlement de procédure en accord avec la Cour de justice. Ce règlement est soumis à l’approbation unanime du Conseil.

En savoir + : Les antécédents de la réforme du système juridictionnel

La réforme de l’institution juridictionnelle réalisée avec l’Acte unique européen fut précédée d’une première proposition, présentée par la Commission au Conseil le 22 septembre 1978 (sur la base d’une initiative allemande de 1974). Le projet défendu consistait à créer sur la base de l’article 179

du Traité de Rome (relatif aux litiges entre la Communauté et ses agents) un tribunal administratif paritaire doté d'une compétence réduite au contentieux de la fonction publique communautaire. Les fonctionnaires auraient été dans l'obligation de saisir ce tribunal avant un éventuel recours devant la Cour. En raison, d'une part, de l'absence de base juridique adéquate dans les traités et, d'autre part, des difficultés rencontrées au sein du Conseil pour obtenir un consensus sur l'opportunité du projet, celui-ci sera toutefois abandonné.

Dès 1978, la Cour de justice suggérait toutefois également la création d'un tribunal chargé en première instance des recours individuels en matière de concurrence et de responsabilité extracontractuelle (Mémoire du 21 juillet 1978). Elle voyait dans cette innovation la possibilité de mieux gérer la charge de travail en augmentation, mais aussi d'instaurer une instance juridictionnelle compétente dans les domaines qui exigent un examen plus particulièrement poussé des questions de fait.

Face au constat d'une aggravation des problèmes rencontrés, la même proposition est relancée par la Cour de justice lors de l'ouverture de la Conférence intergouvernementale à la fin de l'année 1985. La révision des traités fondateurs permettra cette fois-ci aux Etats membres de créer une base juridique adéquate pour l'évolution du système juridictionnel (v. à ce sujet, A. Tizzano).

- Cette possibilité de réformer l'institution juridictionnelle ne sera toutefois pas immédiatement mise en œuvre. Malgré une proposition en ce sens adressée par la Cour au Conseil dès le 26 novembre 1986, il faudra attendre la [décision du Conseil du 24 octobre 1988](#) pour que soit décidée l'institution du Tribunal de première instance des Communautés européennes. C'est par cet acte qu'il régla les questions relatives au fonctionnement et aux compétences de la nouvelle juridiction, ainsi qu'aux effets de ses jugements. Il détermina également les principes essentiels de la procédure, les dispositions transitoires nécessaires pour le transfert des dossiers de la Cour au Tribunal ou la désignation de son président, et modifia le Statut de la Cour en créant un nouveau titre IV.

La nomination des membres fut effective au 1^{er} septembre 1989, et les juges purent commencer leur travail immédiatement, même s'il revenait encore à la juridiction de première instance de créer son propre règlement de procédure. L'article 168 A, §4, lui reconnaissait en effet le pouvoir d'adopter son règlement, en accord avec la Cour de justice et avec l'approbation du Conseil, mais dans l'attente de son adoption c'est le règlement de la Cour qui s'appliqua *mutatis mutandis* devant le Tribunal.

Remarque

Le projet de règlement établi dès avril 1990 et celui qui sera finalement adopté par le Conseil le 21 décembre 1990 ne diffèrent d'ailleurs de celui de la Cour que sur de rares points, en raison des particularités institutionnelles du Tribunal.

L'installation du Tribunal de première instance a donc pu être proclamée par le président de la Cour le 31 octobre 1989, après la mise en place du greffe (le greffe constituant la seule administration propre du Tribunal ; le service de la recherche et de la documentation de la Cour, ainsi que celui de la traduction, par exemple, étant à sa disposition pour le reste). Outre les 153 dossiers immédiatement transférés par la Cour (et notamment trois séries d'affaires importantes de concurrence, impliquant au total 43 requérants), le Tribunal a reçu son premier recours direct le 6 novembre 1989.

Proclamation de l'installation du Tribunal (JOCEE du 31 octobre 1989, L 317/48)

DÉCISION DU PRÉSIDENT DE LA COUR
LE PRÉSIDENT DE LA COUR DE JUSTICE,

vu l'article 32 quinto du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier,
vu l'article 168 A du traité instituant la Communauté économique européenne,
vu l'article 140 A du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique,
vu la décision du Conseil, du 24 octobre 1988, instituant un tribunal de première instance des Communautés européennes, et notamment son article 13,

considérant que les membres du tribunal de première instance nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres ont prêté serment devant la Cour ;
considérant que le tribunal de première instance est en mesure d'exercer les fonctions juridictionnelles qui lui sont confiées,

CONSTATE :

Le tribunal de première instance des Communautés européennes est régulièrement constitué.

L'article 3 de la décision du Conseil, du 24 octobre 1988, instituant un tribunal de première instance des Communautés européennes entrera en vigueur le jour de la publication de la présente décision au Journal officiel des Communautés européennes.

Fait à Luxembourg, le 11 octobre 1989.

Le président de la Cour

2. Les conséquences de la réforme de 1986

• Depuis lors, l'existence du Tribunal n'a jamais été remise en cause, et ses compétences ont même été étendues. Alors qu'à l'origine, « *la compétence du Tribunal constitue plutôt l'exception* » (Antonio Tizzano, *op. cit.*, p. 710 – la juridiction de première instance étant alors uniquement compétente pour les recours en annulation ou en carence formés par les particuliers dans les litiges concernant la fonction publique et le droit de la concurrence), les domaines relevant du juge de première instance vont régulièrement s'élargir pour faire de celui-ci le juge de droit commun en matière de recours direct (recours en annulation, recours en carence, recours indemnitaire, et action fondée sur une clause compromissoire). Ainsi, par une décision du 8 juin 1993, la compétence du Tribunal a été étendue à tous les recours formés par des particuliers. L'existence et la compétence du Tribunal de première instance sont, depuis lors, « constitutionnalisées » (le contenu de cette décision de 1993 ayant été intégré au droit primaire par le traité de Nice). En outre, depuis 2001, la fonction de juge de droit commun apparaît renforcée par la disparition, à l'article 225 TCE (devenu 256 TFUE), de la mention du monopole de la Cour dans le contentieux des requérants privilégiés (États membres, institutions et organes de l'Union).

Remarque

Tirant les conséquences de l'existence possible de juridictions spécialisées, le Traité de Lisbonne lui a toutefois retiré le qualificatif de juridiction de « première instance » pour le désigner désormais comme le Tribunal de l'Union européenne.

• Reste que, comme le mentionne toujours l'actuel article 256 TFUE, la Cour – juridiction suprême de l'ordre juridique communautaire – conserve et conserve toujours des compétences propres.

Article 256, §1, al. 1^{er} TFUE

Le Tribunal est compétent pour connaître en première instance des recours visés aux articles 263, 265, 268, 270 et 272, à l'exception de ceux qui sont attribués à un tribunal spécialisé

créé en application de l'article 257 et de ceux que le statut réserve à la Cour de justice. Le statut peut prévoir que le Tribunal est compétent pour d'autres catégories de recours.

En 1986, le Traité excluait de l'office du Tribunal non seulement les recours des institutions et des Etats membres, mais également les renvois préjudiciels.

Sur le premier point, si le Traité de Nice a donc en principe supprimé du droit primaire la limitation de la compétence du Tribunal aux seules requêtes individuelles, l'article 51 du Statut de la Cour (annexé aux traités) maintenait toutefois une dérogation pour les recours formés par les Etats membres, les institutions de l'Union et la Banque centrale européenne. Au moment du Traité de Lisbonne, la réforme du protocole n° 3 portant Statut de la Cour a été l'occasion de restreindre légèrement cette exception lorsque le recours est formé par un Etat membre. La compétence du Tribunal s'impose désormais, à moins que la requête étatique ne vise un acte ou une abstention du Parlement et/ou du Conseil (sauf pour les décisions prises par le Conseil dans le domaine des aides d'Etat [article 108, §2 TFUE] et pour les mesures de protection commerciale, ainsi que pour les actes d'exécution au sens de l'article 291 TFUE qui restent de la compétence du Tribunal), ou qu'elle ne vise un acte ou une abstention de la Commission en matière de coopération renforcée (article 331, §1 TFUE).

Sur le second point, les choses ont, en pratique, peu changé. Avec le Traité de Nice, une possibilité d'étendre la compétence du Tribunal aux questions préjudicielles a également été introduite dans le droit primaire ; toutefois sa mise en œuvre effective restait subordonnée à l'introduction de dispositions spécifiques dans le Statut de la Cour. Or, cette faculté de transfert n'a jamais été confirmée. Ceci tient très certainement à la place primordiale que les renvois préjudiciels occupent dans l'interprétation du droit de l'Union et au souhait de la Cour de justice de préserver son statut d'interprète authentique.

Le Tribunal a donc bénéficié d'un mouvement d'accroissement régulier de ses compétences depuis sa création. Il faut toutefois apporter à cette affirmation une nuance, en raison de la possibilité introduite, là encore, par le Traité de Nice de créer des chambres juridictionnelles spécialisées. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, c'est à nouveau le risque d'engorgement qui fut à l'origine de cette nouveauté.

3. L'expérience interrompue des juridictions spécialisées

- Dès 1999, une réflexion approfondie fut menée par un groupe de travail au sein même de l'institution juridictionnelle sur l'avenir du système juridictionnel communautaire (v. le [rapport du « Groupe Due »](#)). La solution adoptée en 2001 ne consiste plus à discriminer en fonction de l'auteur du recours et de l'acte attaqué, mais en fonction de l'objet du litige. En vertu des dispositions de l'article 225 TCE, le Conseil peut, après avoir consulté le Parlement et la Cour, « *créer des chambres juridictionnelles chargées de connaître en première instance de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques* ».

C'est ainsi que par une décision 2004/752, a été institué le 2 novembre 2004 un Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne chargé de connaître des litiges opposant les fonctionnaires et les institutions, organes ou agences de l'Union (soit environ 150 affaires par an). Les arrêts pris par cette chambre spécialisée (dénommée plus justement « *tribunal spécialisé* » à partir du Traité de Lisbonne) étaient susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le Tribunal de l'Union limité aux questions de droit. Afin d'assurer le bon fonctionnement de ce système juridictionnel, les décisions rendues sur pourvoi étaient elles-mêmes susceptibles d'être « *exceptionnellement* » réexaminées par

la Cour de justice, « en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union » (article 256, §2, al. 2 TFUE).

Entrée en fonction en 2006, cette juridiction spécialisée dans le contentieux de la fonction publique devait précéder la création d'une autre pour traiter du contentieux de brevet communautaire. Initialement prévue pour 2010, l'instauration de cette formation juridictionnelle n'a pas eu lieu.

Remarque

En réalité, les Etats membres ont fait le choix par accord signé le 19 février 2013 de créer une juridiction spéciale, intitulée « juridiction unifiée du brevet », commune aux Etats membres. Alors que son installation – conditionnée à la ratification de l'accord par au minimum treize Etats membres, dont l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni – était attendue pour 2017, on peut penser que le Brexit risque de créer des difficultés de nature à imposer un nouveau délai.

D'autres domaines auraient pu bénéficier de cette solution. A par exemple été évoquée, la création un tribunal spécialisé pour remplacer la chambre d'appel de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur ou pour traiter les litiges de propriété intellectuelle. De même, l'adoption du règlement REACH a pu être perçue comme un motif d'accroissement du contentieux de nature à justifier l'existence d'une juridiction spécialisée.

- C'est toutefois une autre réforme structurelle qui a été adoptée, au terme d'un long processus initié par une proposition de modification du Statut présentée 2011 par la Cour de justice, et qui aboutit à la dissolution au 1^{er} septembre 2016 de la seule juridiction spécialisée ayant existé (après avoir rendu 1 549 arrêts en dix ans). Cette réforme importante a été mise en œuvre en deux temps.

Un règlement (741/2012 du 11 août 2012) a d'abord modifié la composition de la grande chambre de la Cour, adjoint aux présidents de la Cour et du Tribunal un vice-président, et introduit la possibilité de désigner, pour les juridictions spécialisées, un juge par intérim en cas d'empêchement de l'un de ses membres. La question de la composition du Tribunal est restée en suspens (notamment en raison de l'attachement des Etats membres au principe d'une « représentation » paritaire au sein de la juridiction).

Remarque

D'après les statistiques judiciaires, entre 2006 et 2014, le nombre d'affaires nouvelles introduites devant le Tribunal est passé de 432 à plus de 912 en 2014. Le stock contentieux atteignait ainsi en mars 2015 les 1393 affaires, et les délais de jugement pouvaient régulièrement atteindre les quatre ans pour les litiges les plus complexes.

Ce n'est que tardivement – après une nouvelle proposition de la Cour adressée au Conseil le 13 octobre 2014 – qu'un second acte législatif est venu apporter une solution à l'accroissement des délais de jugement de la juridiction de première instance. La solution trouvée par le règlement 2015/2422 du 16 décembre 2015 consiste à augmenter le nombre de juges. Alors que la Cour avait proposé d'ajouter 12 membres au Tribunal et 3 au Tribunal de la fonction publique, le législateur a choisi de combiner une modification de l'architecture juridictionnelle de l'Union avec une augmentation significative du nombre de magistrats : d'ici 2019 le Tribunal devrait comprendre 2 juges par Etat membre. Pour ce faire, le règlement prévoit une intégration progressive des nouveaux membres afin de garantir une intégration réussie des nouveaux arrivants. Après la nomination de 12 d'entre eux au jour de l'entrée en vigueur du règlement (à savoir le 25 décembre 2015), la dissolution de la juridiction spécialisée au 1^{er} septembre 2016 a permis l'intégration

immédiate de ses 7 anciens membres (dissolution rendue effective par le règlement 2016/1192 du 6 juillet 2016). Enfin, lors du prochain renouvellement partiel, prévu pour le 1^{er} septembre 2019, 9 nouveaux juges devraient être désignés – chiffre qui sera certainement ramené à 8 par l’effet du Brexit – en tenant « *notamment compte de l’indépendance, de l’impartialité, de la compétence, ainsi que de l’aptitude professionnelle et personnelle des candidats* » (considérant 7 du règlement 2015/2422). A terme, le Tribunal comprendra donc un total de 54 membres.

En savoir + : Procédure de recrutement et composition des juridictions (art 19, §2 TUE et 253 à 255 TFUE)

Juges et avocats généraux à la Cour sont nommés d’un commun accord par les Etats membres pour un mandat de six ans, renouvelable, et ils sont désignés par moitié tous les trois ans. Si le Parlement européen n’est pas directement associé à la procédure de nomination, depuis le Traité de Lisbonne, il désigne l’un des sept membres du comité (qui peuvent être d’anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, des membres des juridictions nationales suprêmes, ou encore des « *juristes possédant des compétences notoires* ») chargé de rendre, avant que les gouvernements ne se prononcent, un avis sur l’adéquation « *des candidats à l’exercice des fonctions de juge et d’avocat général de la Cour de justice et du Tribunal* ». S’agissant des membres de la Cour de justice, doivent être désignées des « *personnalités offrant toutes garanties d’indépendance et qui réunissent les conditions requises pour l’exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des jurisconsultes possédant des compétences notoires* ». Le niveau d’exigence pour les membres du Tribunal est légèrement moindre, puisque ses membres doivent seulement être « *personnes offrant toutes les garanties d’indépendance et possédant la capacité requise pour l’exercice de hautes fonctions juridictionnelles* ».

D’un point de vue quantitatif, la Cour est composée en vertu de l’article 19, §2 TUE un juge par Etat membre, soit 28 juges actuellement, auxquels s’ajoutent les avocats généraux (l’augmentation de leur nombre imposerait donc une révision du traité). Ces derniers sont au nombre de 11 depuis le 7 octobre 2015 (selon l’article 252 TFUE, la Cour est assistée au minimum de 8 avocats généraux, nombre qui peut être augmenté à sa demande sur décision du Conseil). Sur les 11 postes, 6 sont attribués aux plus grands Etats membres (Allemagne, Espagne, France, Italie, Royaume-Uni et Pologne), les 5 restants étant alternativement occupés par les autres Etats membres.

Le Tribunal, lui, n’est composé que de juges – ceux-ci pouvant exercer au besoin le rôle d’avocat général. L’article 19, §2 prévoit simplement à son égard qu’il comprend au moins un juge par Etat membre – ce qui a rendu possible la réforme initiée en 2015.

D’après le traité, les membres des juridictions spécialisées sont nommés à l’unanimité par le Conseil (article 257, al. 4 TFUE). C’est à l’acte de création qu’il revient de préciser plus avant leur composition, et en ce qui concerne le Tribunal de la fonction publique de l’Union européenne, la décision 2004/752 avait retenu le nombre de sept juges, désignés pour six années. Les quatorze juges que la juridiction a connus ont été choisis de manière à assurer une représentation géographique équilibrée et la présence des différents systèmes juridiques connus au sein des Etats membres.

Cette solution, jugée moins coûteuse que la création de nouvelles juridictions spécialisées, pourrait permettre d’améliorer le rendement du juge de première instance en accompagnant les efforts menés depuis cinq ans pour augmenter sa capacité de travail (le Tribunal a en effet réglé 987 affaires en 2015 contre seulement 527 en 2010) et faire face au millier d’affaires encore pendantes en 2016... Elle a surtout pour avantage d’apporter une solution sans accroître le risque de divergence au sein de l’institution juridictionnelle (voir *infra*, §B). En ce sens, malgré une contraction organique, la réforme de 2015 s’inscrit pleinement dans la logique à l’origine du développement de l’institution

juridictionnelle : elle a pour objectif d'assurer l'efficacité de la justice communautaire, tout en préservant l'interprétation du droit européen d'un risque de divergence.

Remarque

Comme le rappelle Gil Carlos Rodríguez Iglesias, l'enrichissement du système juridictionnel a toujours été conçu comme le moyen de concilier « *un double objectif : d'une part, améliorer la protection juridictionnelle des justiciables par la création d'un double degré de juridiction pour les recours nécessitant un examen approfondi de faits complexes ; d'autre part, maintenir la qualité et l'efficacité du contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique communautaire, en permettant à la Cour de justice de concentrer son activité sur sa tâche essentielle d'assurer une interprétation uniforme du droit communautaire* » (Allocution du 19 novembre 1999).

La suppression du Tribunal de la fonction publique apparaît en définitive comme une simplification du contentieux européen, puisqu'elle met en sommeil une procédure de réexamen qui s'était avérée à l'usage aussi nécessaire que problématique.

B. La diversification des instances juridictionnelles

- Le système juridictionnel a connu dès 1957 un enrichissement des voies de recours ouvertes devant la Cour. En effet, au renvoi préjudiciel en appréciation de validité connu dans le cadre de la CECA, est ajouté à l'ex-article 177 TCE le renvoi préjudiciel en interprétation – « *véritable innovation des traités de Rome* » (P. Pescatore, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2005 rééd., p. 83). Cette innovation aura pour effet de renforcer l'importance de la juridiction communautaire dans le fonctionnement institutionnel, en lui permettant grâce à l'initiative des juges internes de prendre position sur des questions d'importance constitutionnelle. Du point de vue normatif, c'est-à-dire de l'unité d'application du droit, la procédure préjudicielle participe à l'unité et l'efficacité du droit communautaire en établissant une coopération directe avec les juridictions nationales (v. sur l'importance de ce lien : *infra*, Section III, §1).
- A partir de 1989, avec la croissance organique de la justice communautaire, l'impératif d'unité ne s'impose plus uniquement dans les relations avec le juge interne. Il s'impose également à l'intérieur du système juridictionnel communautaire. La garantie d'une interprétation juridictionnelle cohérente des dispositions communautaires impose dès lors l'instauration d'une hiérarchie juridictionnelle. A cette fin, il sera confié à la Cour de justice le soin de maintenir l'unité du droit à travers deux mécanismes : le pourvoi d'une part (1), et le réexamen d'autre part (2).

1. L'introduction d'une procédure efficace de pourvoi

- Au moment de la première réforme institutionnelle, la création d'un Tribunal de première instance apparaît en ce sens comme doublement conditionnée. Tout d'abord, il doit s'agir d'une simple adjonction pour que l'institution juridictionnelle reste formellement unique. Ensuite, il faut qu'existe un mécanisme de recours contre les arrêts et ordonnances rendus par le Tribunal. Le choix s'est porté sur la technique du pourvoi limité aux questions de droit, inspirée de la cassation qui chapeaute l'ordre judiciaire français depuis la Révolution. Ouverte devant la Cour de justice, cette procédure lui assure de rester seule garante de l'unité et de la cohérence dans l'interprétation du droit communautaire. En effet, toute divergence d'interprétation du Tribunal est en principe susceptible d'être tranchée définitivement par la juridiction suprême de l'ordre juridique.

En savoir + : les objectifs poursuivis par la réforme

Bo Versterdorf, président du Tribunal, rappela ainsi lors d'une allocution donnée pour les dix ans de la nouvelle juridiction, que « *l'innovation institutionnelle* » permise par l'Acte unique européen avait pour objectifs selon « *les considérants de la décision du Conseil du 24 octobre 1988 [...] d'améliorer la protection juridictionnelle des justiciables par l'instauration d'un double degré de juridiction et de permettre à la Cour de se concentrer sur sa tâche essentielle, celle d'assurer une interprétation uniforme du droit communautaire* ».

S'il n'y a pas d'auto-saisine, ni d'automatisme du pourvoi, et s'il est donc en principe nécessaire qu'au moins une des parties à l'instance saisisse la Cour (fût-elle simplement une partie intervenante), l'article 56 du Statut autorise les Etats membres comme les institutions de l'Union à suppléer aux parties défaillantes. Ces derniers agissent alors en qualité de défenseur objectif de la légalité. Pour faciliter le contrôle de la Cour, ces requérants privilégiés peuvent ainsi lui déférer toute décision du Tribunal, sans avoir à prouver ni leur intérêt à agir, ni même leur participation à la procédure de première instance.

- Quelle est alors l'importance concrète de ce mécanisme de pourvoi dans la pratique juridictionnelle ?

Dès la première année, 16 des 44 décisions rendues par le Tribunal en 1990 ont fait l'objet d'un pourvoi dans le délai de deux mois ouverts par le Statut de la Cour pour contester une décision rendue en première instance. A titre de comparaison, en 2015, la Cour de justice a été saisie de 215 pourvois, soit le nombre le plus élevé de son histoire. Ce chiffre reste toutefois exceptionnel et depuis 1999, la moyenne tourne davantage autour de la centaine de pourvois par an. Le total entre 1990 et 2015 atteint le chiffre de 2 895 (soit entre 20 et 35 % des actes susceptibles d'être déférés). Le délai moyen de traitement d'un pourvoi est aujourd'hui de quatorze mois (source : statistiques judiciaires de la Cour, [Rapport annuel 2015. Activité judiciaire](#)).

Ces quelques chiffres ne doivent pas laisser penser que le pourvoi amène la juridiction suprême à annuler avec facilité les actes juridictionnels dont elle est saisie. Bien que le double degré de juridiction soit utile et nécessaire (aussi bien pour les parties – qui en font un usage fréquent – que pour le système juridique de l'Union), cette procédure qui se limite aux questions de droit remet rarement en cause l'interprétation adoptée par le juge de première instance.

Moyens du pourvoi

Sont susceptibles d'être sanctionnées l'incompétence du Tribunal, les irrégularités de procédure, et la violation des traités et de toute règle de droit prise pour leur application – ce qui regroupe les erreurs de droit et de qualification juridique, ainsi que l'inexactitude matérielle des faits qui ressort des pièces du dossier et la dénaturation des faits ou des preuves. A l'inverse, les questions de fait relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond. Or, l'établissement et l'appréciation des faits sont des opérations déterminantes dans le domaine du droit économique.

Ainsi, pour la période s'étendant de 2011 à 2015, les statistiques judiciaires montrent qu'en moyenne chaque année les parties obtiennent une annulation totale ou partielle dans une vingtaine d'affaires seulement sur les 141 pourvois formés. Ces résultats témoignent d'une relative constance, car d'après les calculs effectués via le [formulaire de recherche de la juridiction](#) environ 85 % des pourvois sont rejetés depuis l'instauration d'une juridiction de première instance.

2. L'introduction d'une procédure problématique de réexamen

- Avec l'introduction en 2006 d'une juridiction spécialisée pour la fonction publique, cette procédure de recours contre un acte juridictionnel a été étendue : les arrêts du Tribunal de la fonction publique peuvent effectivement être examinés sur pourvoi par le Tribunal de l'Union. Le traité laissait la possibilité de prévoir un appel contre les décisions des chambres spécialisées, toutefois l'objectif de diminution de la charge de travail de l'institution militait en faveur d'un mécanisme limité aux questions de droit réputé moins chronophage.

Remarque

L'appel est une procédure dotée d'un effet dévolutif, c'est-à-dire qu'elle permet de faire rejurer la cause dans sa totalité et notamment de contester les appréciations factuelles du juge de première instance – appréciations considérées comme souveraines dans le cadre d'un pourvoi, sauf inexactitude matérielle ressortant des pièces du dossier ou dénaturation.

Alors qu'aucun pourvoi n'a été formé en 2006, entre 23 et 37 % des actes susceptibles de l'être ont été déférés devant le tribunal entre 2007 et 2012 (soit 32 pourvois par an en moyenne sur cette période). Après un pic en 2013 et 2014 (respectivement 38,89 % et 36,36 %), le taux de contestation est redescendu à 28 % des décisions du Tribunal de la fonction publique en 2015 (soit 33 pourvois). Sur toute cette période, les requérants ont obtenu dans environ 24 % des pourvois une annulation partielle ou totale.

Comme on le voit, les statistiques ne sont donc pas particulièrement défavorables pour la juridiction spécialisée : ses actes ne sont pas significativement plus contestés que ceux du juge de première instance de droit commun. Et si le pourcentage d'annulation est légèrement plus élevé, le rapport de la Cour précise que les divergences entre les deux instances sont, sur le fond, relativement peu nombreuses. Le nombre d'annulation plus élevé s'explique surtout par le caractère répétitif de certaines affaires.

- L'origine du désaveu pour la formule des juridictions spécialisées, dont attestent la réforme de 2015 et la dissolution du Tribunal de la fonction publique, tient en fait davantage à la procédure de réexamen, créée pour assurer un contrôle sur le Tribunal agissant comme juge du pourvoi dans le domaine de la fonction publique.

Sur le plan procédural, le réexamen a impliqué des aménagements importants puisqu'il reposait sur un mécanisme d'auto-saisine à double détente. Sur proposition du Premier avocat général, une chambre spéciale de la Cour (dénommée chambre de réexamen) était chargée de confirmer, après une prise de position par un autre avocat général, le bien-fondé de la procédure de réexamen. Le critère décisif à cet égard étant, en vertu de l'article 256, §2, TFUE le « *risque sérieux d'atteinte à l'unité et à la cohérence* » – qui constitue une erreur de droit *lato sensu*, que l'on pourrait décrire comme une « erreur manifeste d'interprétation ». Après le constat – dans une logique similaire à celle du *fumus boni juris* des procédures de référé – d'une validité incertaine de l'acte juridictionnel par la décision d'admission du réexamen, il était renvoyé à un arrêt au fond le soin de vérifier si l'erreur de droit était avérée, d'examiner dans quelle mesure cette erreur portait atteinte à la cohérence et à l'unité du droit, et de tirer enfin les conséquences de l'atteinte ainsi constatée. Parfois comparé à recours dans l'intérêt de la loi, le réexamen s'en distinguait en effet par le fait qu'il était susceptible d'avoir des conséquences pour les parties – soit que la Cour tranche elle-même

définitivement le litige, soit qu'elle renvoie l'affaire devant le Tribunal en indiquant ceux des effets de son jugement qui doivent être considérés comme définitifs.

Procédure critiquée par la doctrine, le réexamen avait l'inconvénient – en raison de sa nature exceptionnelle – de donner au Tribunal de l'Union européenne le rôle de juridiction supérieure « de droit commun ». L'existence d'un mécanisme d'auto-saisine devait certes être de nature à éviter que celui-ci ne développe une jurisprudence de nature à mettre en cause de manière manifeste l'unité et la cohérence du droit de l'Union, mais en-deçà de cette hypothèse l'incertitude perdurait.

- Par leur action, les deux tribunaux pouvaient-ils adopter une interprétation spécifique du droit de l'Union dans le champ de la fonction publique ?

V. en faveur de cette solution, CJUE, 8 février 2011, *Commission c. Nicole Petrilli*, Aff. C-17/11 RX, Rec. I-299 : selon la motivation retenue, d'une part, « *il n'appartient pas à la Cour, dans le cadre de la procédure de réexamen, de se prononcer sur le bien-fondé d'une évolution de la jurisprudence du Tribunal opérée par ce dernier statuant en sa qualité de juge du pourvoi* » ; et, d'autre part, « *il appartient désormais uniquement au Tribunal de la fonction publique et au Tribunal de l'Union européenne de faire évoluer la jurisprudence en matière de fonction publique, la Cour n'étant compétente que pour éviter que les décisions du Tribunal ne portent atteinte à l'unité et à la cohérence du droit de l'Union* ».

Si formellement cela semble être la position adoptée par la Cour de justice, l'observation des arrêts de réexamen rendus durant ces quelques années de fonctionnement tend à donner du crédit à la thèse opposée. Derrière le discours affiché dans l'arrêt *Commission c. Nicole Petrilli* en 2011, la juridiction suprême semblait défendre sa qualité d'interprète authentique sur l'ensemble du droit de l'Union.

Un premier signe de la défiance envers le rôle d'interprète du Tribunal pouvait d'ailleurs être décelé dans la révision des dispositions du droit primaire relatives au rôle des juridictions de l'Union. Alors que selon l'article 220 TCE, ce sont « *la Cour et le Tribunal de première instance [qui] assurent, dans le cadre de leurs compétences respectives, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité* », au moment du Traité de Lisbonne on a préféré avec l'article 19 TUE mettre davantage l'accent sur l'unité du système juridictionnel : il est ainsi affirmé que « *[l]a Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés* » et qu'« *[e]lle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* ».

Déjà critiqué à propos de la possibilité de transférer une compétence préjudicielle au Tribunal (v. en ce sens le [projet de modification du Statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de son annexe I de la Cour de justice du 28 mars 2011](#), p. 9), la procédure de réexamen a donc été mise en parenthèse avec la réforme de 2015. Selon l'analyse de la Cour, non seulement « *l'architecture juridictionnelle de l'Union s'en trouvera également simplifiée [et] son efficacité globale renforcée* », mais surtout « *la cohérence de sa jurisprudence [sera] favorisée, puisqu'une seule juridiction, la Cour de justice, sera chargée d'assurer l'uniformité dans l'interprétation des règles de droit dans le cadre des pourvois* » ([Rapport annuel 2015. Activité judiciaire](#), p. 8).

§2. Le développement du champ matériel de la compétence juridictionnelle

• En 1999, Bo Vesterdorf affirmait voir dans l'élargissement des compétences de la juridiction de première instance une preuve de la réussite de cette architecture juridictionnelle duale : « *A l'origine limitée aux contentieux de la concurrence, de la fonction publique communautaire et aux recours indemnitaires, la compétence du Tribunal a été progressivement élargie pour s'étendre, désormais, à tous les recours directs formés par les particuliers* ». Mais l'élargissement des compétences ne concerne pas uniquement le juge de première instance, c'est en fait une évolution globale dont profite l'institution tout entière. Ce mouvement d'ensemble résulte de la création de l'Union européenne et plus particulièrement de la communautarisation subséquente de nouvelles matières (1). Il faut cependant souligner que ce mouvement n'est pas encore pleinement achevé dans la mesure où la compétence *ratione materiae* de la Cour connaît toujours des limites (2).

En savoir + : L'impact de l'ELSJ

Comme l'observe Jean-Marc Sauvé, ce phénomène se matérialise plus particulièrement dans le domaine spécifique de l'ELSJ : « *les compétences des juridictions de l'Union ont été encore accrues, avec le Traité de Lisbonne, de l'essentiel des contentieux relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Or ces contentieux sont à la fois potentiellement nombreux et juridiquement délicats* » (intervention du vice-président du Conseil d'Etat du 6 novembre 2012, [« Organisation et rendement de la Cour de justice de l'Union européenne »](#)).

A. Une extension induite par la création de l'Union européenne

• La création en 1992 de l'Union européenne se matérialise par l'adjonction aux côtés d'un droit communautaire de nature économique de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et des politiques relatives à la justice et aux affaires intérieures (JAI). Les règles applicables au droit de l'Union ainsi composé ont marqué la résurgence dans l'intégration européenne de la méthode intergouvernementale. Outre les règles procédurales spécifiques qui viennent encadrer l'adoption des actes juridiques dans ces domaines, témoigne de cet intergouvernementalisme le fait que la juridictionnalisation de l'action commune a été très largement écartée. Or, l'intégration juridictionnelle constituait jusque-là une caractéristique essentielle de la méthode communautaire.

Si par la suite le Traité de Lisbonne va supprimer formellement ce que l'on appelait les II^{ème} et III^{ème} piliers au sein du droit de l'Union, ce qui va favoriser – de manière plus ou moins poussée – la compétence de l'autorité juridictionnelle dans ces nouveaux champs, il faut toutefois souligner que cette « normalisation » du statut contentieux des actes concernés reste aujourd'hui incomplète. La spécificité des règles institutionnelles applicables aux politiques concernées perdure et les Etats continuent d'invoquer leur souveraineté pour s'opposer à la juridiction de la Cour sur certaines questions sensibles.

Pour être plus précis sur l'évolution et le développement du champ de compétence juridictionnelle, il faut distinguer les deux piliers. En effet, jusqu'au Traité de Lisbonne, l'intervention de la Cour de justice est totalement exclue du cadre de la PESC. A l'inverse, le domaine de la JAI va faire l'objet d'une première évolution dès l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam en 1999.

- Tout d'abord, le troisième pilier voit son champ réduit pour se limiter à la CPJP (coopération policière et judiciaire en matière pénale) par l'effet de la communautarisation des politiques relatives à la circulation des ressortissants des Etats tiers (Titre IV du TCE : visas, asiles, immigration, et autres politiques liées à la libre circulation des personnes). Mais même s'agissant de ces dernières des limites importantes persistent cependant sur le plan de leur statut contentieux. En effet, en vertu de l'article 68 TCE, seules les juridictions nationales dont les décisions sont insusceptibles de recours peuvent adresser au juge communautaire une question préjudicielle en interprétation ou en appréciation de validité. Le principe selon lequel ce mécanisme de coopération juridictionnelle est à la disposition des juridictions nationales a donc été écarté afin de réduire les interventions de la Cour de justice. Par ailleurs, le deuxième paragraphe de l'article précité exclut de sa compétence les décisions prises dans le domaine du franchissement des frontières intérieures pour assurer « *le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* ».

- S'agissant ensuite de la CPJP, qui relève encore du III^{ème} pilier et donc du droit de l'Union, la révision adoptée en 1997 va là aussi apporter quelques progrès. Alors qu'initialement, l'article K.3, §2 du Traité de Maastricht prévoyait seulement la possibilité de donner une compétence interprétative, ou arbitrale, à la Cour à l'égard des conventions susceptibles d'être conclues entre les Etats membres dans le domaine de la justice et des affaires intérieures (ce fut le cas par exemple pour la Convention Europol de 1995), l'article 35 TUE issu du Traité d'Amsterdam va lui reconnaître une compétence plus large. D'une part, en vertu de son paragraphe 6, celle-ci peut se prononcer sur « *la légalité des décisions-cadres et des décisions lorsqu'un recours est formé par un Etat membre ou par la Commission pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir* ». D'autre part, les Etats membres peuvent accepter sa compétence préjudicielle vis-à-vis de ces actes adoptés par l'Union. Que ce soit pour l'interprétation ou l'appréciation de la validité de ces actes, la procédure préjudicielle ne rentre toutefois toujours pas dans la logique originelle du contentieux communautaire (v. *supra* Section I.), puisque la saisine par une juridiction nationale reste subordonnée à une déclaration préalable de l'Etat membre.

B. Des lacunes persistantes après le Traité de Lisbonne

- Enfin, si le Traité de Nice n'a pas été facteur de progrès, le droit primaire va faire un pas significatif en direction de la levée des disparités constatées entre le contrôle du droit de l'ex-Communauté européenne et de celui de l'Union européenne avec le Traité de Lisbonne. Pas important, mais jugé encore insuffisant par la doctrine au regard des principes de l'Etat de droit. En vertu des dispositions de l'article 19 TUE et par l'effet de la suppression des piliers avec la fusion de l'Union et de la Communauté, la compétence de la Cour semble devoir devenir une compétence de principe pour l'ensemble du droit de l'Union. A la lecture des traités, on s'aperçoit pourtant que ces exceptions justifiées au nom de la souveraineté des Etats membres persistent bien qu'elles aient été sensiblement limitées.

Ainsi, dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (titre V du TFUE, qui comprend l'ensemble des politiques relevant auparavant du III^{ème} pilier), la compétence préjudicielle de la Cour n'est plus facultative mais obligatoire ; elle n'est plus exclue pour les mesures d'ordre public prises dans le cadre du contrôle aux frontières ; et elle peut être activée par l'ensemble des juridictions nationales et non plus seulement par celles qui statuent en dernier recours.

Reste que l'article 276 TFUE interdit à la Cour de se prononcer sur « *la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre* », ainsi que

« sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ».

Plus encore, en matière de PESC, le point de départ reste la spécificité du droit applicable (rappelée par l'article 24 TUE) et l'incompétence de l'institution juridictionnelle. Il résulte cependant des paragraphes 1 et 2 de l'article 275 TFUE que, par exception, la Cour peut contrôler « le respect de l'article 40 du traité sur l'Union européenne » relatif à la délimitation des compétences de l'Union (on parle de « clause de non affectation »)

En savoir + : Sur l'application du principe de non affectation entre les I^{er} et III^{ème} piliers

V. pour une application pro-communautaire du principe de non affectation dans l'arrêt *Commission c. Conseil* du 13 septembre 2005 (Aff. C-176/03, Rec. I-7879), faisant suite à la jurisprudence *Pupino* « communautarisant » le droit de la CPJP (CJCE, 16 juin 2005, *Maria Pupino*, Aff. C-105/03, Rec. I-5285) : [P.-Y. Monjal, « La cour de justice et les actes du troisième pilier : une communautarisation justifiée et prévisible »](#), in J. Rosetto et A. Berramdane (dir.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, Tours, Presses universitaires François Rabelais, 2007, p. 295

En outre, et il s'agit là d'une condition essentielle du respect du droit à un recours juridictionnel effectif, elle peut examiner la légalité des mesures restrictives – dites de « gel de fonds » –, décidées par le Conseil au titre de l'action extérieure de l'Union, dans le cadre des recours en annulation formés par leurs destinataires. Ce faisant le constituant a en réalité simplement codifié les apports de la jurisprudence de la Cour dans la célèbre affaire *Kadi*, et l'on peut regretter qu'il n'ait pas choisi de soumettre l'ensemble des actions menées au titre de la PESC au contrôle du juge de l'Union.

Affaire *Kadi*

- ▶ TPI, 21 septembre 2015, *Kadi c. Conseil et Commission*, Aff. T-315/01, Rec. II-3649.
- ▶ CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi c. Conseil et Commission*, Aff. C-402/05 P, Rec. I-6351.

En savoir + : Sur la compétence juridictionnelle à l'égard des mesures restrictives

V. not. G. Bachoué-Pedrouzo, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l'Union européenne : contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2013.

Pour être complet s'agissant de la PESC, il faut ajouter qu'en vertu de la formulation élargie de sa compétence consultative adoptée à l'article 218, §11 TFUE, l'avis de la Cour pourrait désormais être interrogée sur la conformité avec le droit primaire d'un accord international conclu par l'Union sur le fondement de l'article 37 TUE.

Section II. La construction par le dialogue d'un « espace juridictionnel » européen

- Dans le cas des II^{ème} et III^{ème} piliers, l'affaiblissement de la coopération juridictionnelle avec les juridictions nationales a constitué le moyen privilégié par les États membres pour éviter la juridictionnalisation des nouvelles politiques développées au sein de l'Union. Était ainsi contourné le principe même de l'intégration juridique qui se veut également intégration juridictionnelle.

Dès la séance inaugurale du 10 décembre 1952, Jean Monnet avait en ce sens salué « *non pas seulement la Cour de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, mais aussi la perspective d'une Cour fédérale européenne suprême* ». La perspicacité de cette vision est étonnante. Malgré l'absence de pouvoir hiérarchique *stricto sensu* vis-à-vis des actes juridiques ou juridictionnels nationaux (c'est à dire de pouvoir d'annulation entre les mains de la Cour de justice – v. en ce sens, *CJCE, 16 décembre 1960, Humblet, Aff. 6/64, Rec. 1125*), il ne fait aucun doute après plusieurs décennies de fonctionnement que la juridiction communautaire a su trouver les voies d'une coopération entre tous les juges qui interagissent dans l'application du droit de l'Union pour construire un fédéralisme juridictionnel inédit.

Le terme de « subsidiarité juridictionnelle », inventé par Denys Simon, décrit particulièrement bien l'esprit dans lequel le juge communautaire a défini les obligations et pouvoirs qui reviennent aux juges nationaux dans le cadre de l'application du droit de l'Union par les Etats membres. C'est ainsi que le juge interne est devenu, au terme d'une construction jurisprudentielle progressive et d'un dialogue continu, le juge de droit commun du droit de l'Union européenne. Même si l'importance de celui-ci dans l'application et le respect du droit de l'Union est aujourd'hui bien connue, il convient de revenir rapidement sur les étapes essentiels de ce processus qui a fait du juge national l'élément clef du système contentieux communautaire (§1).

- Le dialogue que le juge de l'Union a eu à cœur de nourrir ne s'est cependant pas uniquement développé « en dedans ». Peut-être moins connues, les relations externes que la Cour de justice a nouées avec les autres juridictions supranationales européennes méritent que l'on s'y arrête plus longuement et que l'on investisse la problématique d'une structuration globale de l'espace européen par la constitution de ces interactions juridictionnelles.

La Cour s'est en effet attachée à nourrir un dialogue avec des juges formellement externes à l'ordre juridique communautaire, mais avec lequel ils entretiennent des liens particuliers. Tel est le cas lorsque les Etats membres de l'UE sont parties à un traité international prévoyant la mise en place d'une juridiction internationale. La démarche de la Cour n'a cependant pas été exempte de critiques dans la mesure où sa position a conduit certaines juridictions (et en particulier la Cour européenne des droits de l'homme) à précisément demeurer extérieures à l'ordre juridique de l'Union. Justifiée par la volonté de préserver l'autonomie de ce dernier, et donc l'autonomie de sa fonction d'interprète authentique, cette position a cependant conduit la Cour à développer une jurisprudence tendant à un dialogue auquel ont le plus souvent répondu positivement ces juridictions externes (§2).

Il est ainsi possible d'envisager l'hypothèse selon laquelle ce dialogue externe participe, aux côtés du dialogue interne avec les juridictions nationales, à la construction d'un « espace juridictionnel » européen – dans lequel prend corps un système juridictionnel non pas hiérarchisé, mais interactif ou relationnel.

§1. Les rapports internes avec les juridictions nationales : la subsidiarité juridictionnelle

- Comme tout dialogue, la construction d'un système juridictionnel incluant le juge national au service de l'application effective et uniforme du droit de l'Union a pris la forme d'échanges entre les différents antagonistes. Si ces échanges, dont le renvoi préjudiciel fut le principal théâtre, n'ont pas toujours été consensuels, ils sont dans l'ensemble restés constructifs. En effet, les principes posés

par la Cour de justice ont largement été adoptés par les juridictions nationales (A), même si persiste une réserve – peut-être plus important en théorie qu'en pratique – au sujet de la primauté des engagements européens sur le droit constitutionnel des Etats membres (B).

A. Les bases constitutionnelles (européennes) de l'intégration juridictionnelle

- Le point de départ de ce dialogue juridictionnel « interne », on le doit indirectement à Maurice Lagrange et directement à Robert Lecourt. En effet, si le premier quitte la Cour en 1964 après avoir exercé deux mandats d'avocat général, son départ se fait « *juste après que son interprétation sur la suprématie du droit communautaire triomphe avec l'arrêt Costa contre Enel* » de 1964 (M. Mangenot, *op. cit.*, p. 5). L'affirmation de la primauté du droit commun sur et dans les ordres juridiques nationaux constitue la clef de voûte d'une construction qui s'efforce de placer le juge interne en gardien de l'intégration communautaire. Robert Lecourt est, quant à lui, celui qui a posé la première pierre de cette construction avec l'arrêt fondateur *Van Gend en Loos* de 1963. En affirmant l'effet direct du droit communautaire, cet arrêt posait les bases d'une fonction communautaire du juge national à qui il reviendra de faire valoir contre les Etats les droits et obligations que les particuliers tirent du droit communautaire.

Selon la Cour, toute norme communautaire doit s'imposer sur toute norme nationale – fut-elle constitutionnelle – et c'est au juge national de s'en assurer. Il y a avec cette primauté « pénétrante » une rupture par rapport aux solutions connues en droit international. Les développements jurisprudentiels ultérieurs vont ainsi expliciter l'importance de cette fonction du juge interne dans la Communauté et le degré d'engagement qu'implique la « *subsidiarité juridictionnelle* » (D. Simon, « La subsidiarité : approche juridictionnelle. La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *RAE*, 1998, p. 82). Et c'est principalement par la voie du renvoi préjudiciel – là aussi procédure inédite par rapport au droit international classique – que la Cour va détailler les conséquences de l'intégration et faire des juridictions nationales les « juges de droit commun de l'ordre européen ».

En savoir + : Le dédoublement fonctionnel du juge national

Le professeur Jean Boulouis avait souligné l'originalité du fonctionnement de l'intégration européenne, susceptible d'imposer au juge national qui détient son mandat en vertu de la Constitution de son pays d'écarter les dispositions de cette dernière au nom de la primauté du droit communautaire, en reprenant à son sujet la théorie du dédoublement fonctionnel (v. « Note sous CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal* », *AJDA*, 1978, p. 326).

On peut distinguer plusieurs périodes dans la définition par la jurisprudence communautaire de l'office communautaire du juge national.

- Durant ce qu'il est convenu d'appeler le « *contentieux de la première génération* » (D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? » in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 481), le juge s'est attaché à consacrer les principes existentiels de la Communauté en affirmant l'autonomie, la primauté, et l'immédiateté de son droit (v. *supra*, Section I, §2, B) et à en préciser les conséquences directes pour les juridictions nationales.

L'arrêt *Simmenthal*, qui intervient en 1977, peut-être considéré comme le point d'orgue de cette première phase. Il affirme en effet que le juge nationale, « *chargé d'appliquer, dans le cadre de sa*

compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, en laissant au besoin inappliquée de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » (CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, Rec. 629).

Remarque

Ce à quoi il faut ajouter que la Cour a donné au renvoi préjudiciel sa pleine efficacité, en conférant à cette procédure de coopération juridictionnelle la portée obligatoire la plus large possible, de telle sorte qu'elle s'assurait de participer le plus sûrement possible à l'application du droit communautaire dans les litiges pendants devant le juge interne (v. pour le renvoi préjudiciel en interprétation : CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT*, Aff. 283/81, Rec. 3415 ; et pour le renvoi préjudiciel en appréciation de validité : CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, Aff. 314/85, Rec. 4199).

• Au cours d'un contentieux dit « *de la seconde génération* », la Cour de justice s'est alors prononcé plus avant sur les conséquences de ces principes existentiels vis-à-vis de l'autonomie procédurale et institutionnelle des juridictions nationales, et plus précisément sur les aménagements nécessairement induits au nom de « *l'efficacité de la protection juridictionnelle et [de] la réparation des conséquences dommageables des violations constatées* ». A partir de l'affirmation du droit au juge dans l'arrêt *Marguerite Johnston*, la jurisprudence consacre un certain nombre d'exigences qui ont pour effet d'encadrer, voire de supprimer, l'autonomie procédurale des juridictions des Etats membres.

► CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, Aff. 222/84, Rec. 1651 : « *Le contrôle juridictionnel imposé par cet article [6 de la directive 76/207 sur l'interdiction des discriminations en raison du sexe] est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950. Comme il a été reconnu par la déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission, en date du 5 avril 1977 (JO C 103, p. 1), et par la jurisprudence de la Cour, il convient de tenir compte des principes dont s'inspire cette convention dans le cadre du droit communautaire* ».

Remarque

En absence de compétence de la Communauté s'agissant des règles de procédure applicables devant le juge national, la Cour de justice considère que c'est dans le cadre des règles applicables en droit interne qu'il revient à ce dernier d'assurer l'application des droits et obligations issus de l'ordre juridique communautaire.

La jurisprudence est cependant venue porter une double limite à l'affirmation de l'autonomie institutionnelle et procédurale avec les principes d'équivalence (en vertu duquel les règles procédurales applicables aux recours fondés sur la violation du droit de l'Union ne doivent pas être moins favorables que celles applicables aux recours similaires fondés sur le droit interne) et d'effectivité (en vertu duquel les règles procédurales ne doivent pas rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union).

V. à ce sujet les arrêts : CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV*, Aff. 45/76, *Rec.* 2043 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe Zentral AG*, Aff. 33/76, *Rec.* 1989 ; CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, Aff. C-312/93, *Rec.* I-4599.

Deux domaines sont usuellement mis en avant pour illustrer les bouleversements rencontrés à l'intérieur des ordres juridiques nationaux en raison de la promotion du pouvoir juridictionnel qui résulte des exigences communautaires : les procédures de référés et le contentieux de la responsabilité de l'Etat.

- S'agissant des mécanismes de référé, l'efficacité des droits issus de l'ordre juridique communautaire imposait, selon la Cour, que le juge national se reconnaisse le pouvoir de suspendre l'exécution d'un acte national susceptible d'entraver la bonne application du droit communautaire (CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, Aff. C-213/89, *Rec.* I-2433 ; CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, Aff. C-143/88 et C-92/89, *Rec.* I-534). En conséquence, au Royaume-Uni, le principe traditionnel de l'interdiction des injonctions contre la couronne a dû être écarté par les juridictions internes.

► CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, Aff. C-213/89, *Rec.* I-2433, pt. 21 : « la pleine efficacité du droit communautaire se trouverait tout aussi diminuée si une règle du droit national pouvait empêcher le juge saisi d'un litige régi par le droit communautaire d'accorder les mesures provisoires en vue de garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir sur l'existence des droits invoqués sur la base du droit communautaire. Il en résulte que le juge qui, dans ces circonstances, accorderait des mesures provisoires s'il ne se heurtait pas à une règle de droit national est obligé d'écarter l'application de cette règle ».

- S'agissant des actions indemnitaires, il n'est pas rare de voir les droits internes, au nom d'une certaine conception de la séparation des pouvoirs, retenir un régime de responsabilité limité – pour ne pas dire limitatif – des organes législatifs (ainsi pour la France, seule la rupture d'égalité devant les charges publiques étaient retenue par le Conseil d'Etat : CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société La Fleurette*, req. n° 51704). De même, au nom du respect de l'autorité de chose jugée, les préjudices causés aux particuliers dans l'exercice de la fonction juridictionnelle sont généralement soumis à un régime restrictif devant les juridictions nationales (en France, juge judiciaire comme juge administratif exigeaient ainsi la démonstration d'une faute lourde strictement définie). Pourtant, afin d'assurer l'effectivité du droit communautaire, la Cour de justice a remis en cause l'autonomie nationale en imposant un régime de responsabilité dont les conditions de mises en œuvre sont indifférentes à la qualité de l'auteur du dommage. Qu'il s'agisse d'une autorité législative ou juridictionnelle (v. respectivement, CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, Aff. C-6/90 et C-9/90, *Rec.* I-5357 ; et CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, Aff. C-224/01, *Rec.* I-1023), d'une autorité nationale ou communautaire (CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c. Commission*, Aff. C-352/98 P, *Rec.* I-5291), la victime doit pouvoir obtenir réparation du dommage subi à condition : qu'elle prouve l'existence d'un lien de causalité, qu'une règle de droit lui conférant des droits ait été violée, et qu'une violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union ait été commise.

- Au terme de cette construction jurisprudentielle, la « justiciabilité » des droits communautaires, qui sont autant d'obligations s'imposant aux Etats membres, doit donc être garantie en amont comme en aval du procès devant les juridictions nationales. Les dispositions pertinentes bénéficient pour se faire d'une invocabilité qui s'étend désormais de l'interprétation conforme à l'effet direct en passant par l'invocabilité d'éviction et de réparation.

Dans ce cadre, le juge national est devenu l'acteur principal de la protection juridictionnelle effective des droits dont bénéficient les particuliers au sein de l'Union européenne. La consécration du rôle du

juge national, qui commence donc dès 1963, s'achève avec l'affirmation solennelle de son rôle dans la « systématique des voies de recours ». Au nom de ce concept, la Cour de justice a en effet défendu l'idée qu'il n'existe pas dans le contentieux européen de situation dans laquelle un individu n'aurait pas la possibilité de faire valoir ses prétentions devant une juridiction compétente. Si cette position défendue dans les jurisprudences *UPA*, *Jégo-Quéré* et *Unibet*, a pu être critiquée dans la mesure où elle repose sur une vision idéaliste du fonctionnement réelle du « procès communautaire » devant les juridictions nationales, elle a pourtant été pleinement confirmée au moment du Traité de Lisbonne. On peut en effet désormais lire à l'article 19, §1, al. 2 TUE que « [l]es États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

► CJCE, 25 juillet 2002, *Union de Pequenos Agricultores c. Conseil* (« UPA »), Aff. C-50/00 P, Rec. I-6677.

► CJCE, 4 avril 2004, *Commission c. Jégo-Quéré*, Aff. C-263/02 P, Rec. I-3425.

► CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, Aff. C-432/05, Rec. I-2271.

En savoir + : L'office communautaire du juge national

Sur cette question, v. not. O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, 1015 p.

B. Les limites constitutionnelles (nationales) à l'intégration juridictionnelle

• Est-ce à dire que l'« immédiateté juridictionnelle » (D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 491) imposée par la jurisprudence de la Cour de justice, s'est imposée immédiatement et sans difficulté devant les prétoires nationaux ?

S'il serait évidemment trop long d'entreprendre ici une étude systématique des réactions nationales, il faut cependant souligner que les juges nationaux ont progressivement accepté leur office communautaire, sans toutefois en admettre absolument tous les présupposés. Une opposition se cristallise toujours entre l'affirmation de la primauté du droit de l'Union d'un côté, et de la supériorité des constitutions nationales de l'autre.

► S'agissant par exemple de la primauté du droit communautaire sur la loi française même postérieure, v. : C. Cass., Chbre mixte, 24 mai 1975, *Société cafés Jacques Vabre*, Bull. Civ., n° 4, p. 6 ; et CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, req. n° 108243, Rec. 190.

► Et pour la réaffirmation de la supériorité de la Constitution dans l'ordre juridique interne, v. : CE, Ass., 30 octobre 1998, *M. Sarran, M. Levacher e.a.*, Rec. 368 ; C. Cass., Ass. pl., 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*, Bull. Ass. Plén. n° 4, p. 7 ; et CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique (SNIP) e.a.*, Rec. 624.

Malgré cette opposition théorique, il résulte de l'acceptation – bon an, mal an – des conséquences contentieuses des principes existentiels du droit de la Communauté et de l'Union (v. *supra*) un rapport, non pas hiérarchique, mais structuré entre la Cour de justice et les juridictions nationales.

Cette « *dialectique fédérale* » (J.-V. Louis et T. Ronce, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2005, p. 262) dépourvue de hiérarchie *stricto sensu* (c'est-à-dire de pouvoir d'annulation entre les mains de la Cour de justice qui est pourtant la juridiction suprême dans le champ d'application du droit de l'Union) s'est construite sur un dialogue constructif entre les différents protagonistes – dialogue qu'il leur appartient de faire perdurer.

Remarque

En absence de pouvoir hiérarchique, « *c'est en effet par l'argumentation et la persuasion dans le cadre d'un dialogue permanent que l'autorité de la jurisprudence de la Cour s'est établie, grâce aux juridictions nationales qui l'ont reçue et l'ont mise en œuvre* » (Gil Carlos Rodríguez Iglesias, *op. cit.*, 2003, p. 43).

- Le rapprochement n'a effectivement pu s'opérer qu'au prix de ce que l'on peut appeler une « congruence substantielle » entre les différents ordres juridiques. Par ces termes, il faut entendre un rapprochement des valeurs consacrées par les dispositions fondamentales des ordres juridiques respectifs, plus particulièrement dans le domaine des droits de l'Homme.

Véritable condition *sine qua non* posée par les juridictions constitutionnelles, ce rapprochement qui se réalise à partir de la jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft* (CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, Aff. 11/70, Rec. 1125 : la Cour affirme en effet que si la protection des droits fondamentaux « *doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté* », elle doit se faire « *en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres* ») va permettre l'application prioritaire du droit communautaire au sein des ordres juridiques, même en cas de contrariété avec la constitution nationale, par les juridictions nationales elles-mêmes.

- Si les juridictions allemande et italienne ont très tôt exprimé leur position – et ainsi poussé la Cour de justice à intégrer la garantie des droits fondamentaux –, leurs homologues françaises n'ont acté que tardivement l'existence d'une « équivalence de protection » de nature à reconnaître aux actes de mises du droit de l'Union une primauté dans l'ordre juridique interne.

Pour les juridictions étrangères

- ▶ Cour constitutionnelle italienne, 27 décembre 1965, *San Michele*, n° 98.
- ▶ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mai 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, 271 .

Pour les juridictions françaises

- ▶ CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496 DC.
- ▶ CE, Ass., 8 février 2007, *Arcelor*, req. n° 287110, Rec. 55.

L'évolution de la position des juridictions nationales a été permise par l'internalisation des exigences communautaires avec la sollicitation de « clauses d'ouverture » constitutionnelles. En Allemagne, c'est l'article 24, puis l'article 23, de la Loi fondamentale qui constitue le fondement de l'application prioritaire des actes d'exécution du droit européen – actes auxquels les dispositions précitées confèrent une présomption de constitutionnalité. En France, un raisonnement similaire a été développé sur la base de l'article 88-1 de la Constitution en vertu duquel « *[l]a République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ». Toutefois,

à la différence de la solution allemande, cette clause ne vaut que pour les lois ou les règlements de transpositions des directives européennes et non à l'égard de l'ensemble des dispositions du droit de l'Union.

- Par ailleurs, une fragilité importante perdure au sein de ce dialogue constructif. L'ouverture aux exigences de la primauté étant « constitutionnalisée », elle reste soumise à la conception que s'en fait le juge national et aux limites qu'il lui attache. Concrètement, la priorité d'application n'est ni absolue, ni définitive. Au contraire, elle n'est valable qu'« *aussi longtemps* » que l'impératif de la « congruence substantielle » lui paraît satisfait (condition qui peut s'avérer d'autant plus difficile à satisfaire qu'à la garantie des droits fondamentaux peuvent s'ajouter d'autres préoccupations, comme par exemple le caractère démocratique du fonctionnement de l'Union). Pour le Conseil constitutionnel français, c'est ainsi la méconnaissance d'un « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » qui va être désignée comme la ligne rouge au-delà de laquelle la supériorité de la Constitution retrouvera sa pleine effectivité.

Dans ce « *dialogue des juges* » (expression dont la paternité revient au commissaire du gouvernement Bruno Genevois – v. Conclusions sur CE, Sect., 22 décembre 1978, *Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux*, Rec. 826, RTD Eur., 1979, p. 717-727), la protection de l'identité constitutionnelle est à cet égard devenue aujourd'hui une question centrale de l'intégration européenne. Alors que les traités européens affirment respecter l'identité nationale des Etats membres, les juridictions constitutionnelles reprochent à la Cour de justice d'avoir favorisé une interprétation extensive des compétences en méconnaissance des engagements souverainement consentis.

Selon l'article 4 § 2 TUE, « *l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre* ».

- Pour éviter qu'elle ne porte atteinte au noyau dur de l'identité constitutionnelle allemande, la Cour constitutionnelle fédérale a ainsi consacré et explicité dans l'affaire *Honeywell* l'existence d'un nouveau mécanisme de contrôle à l'encontre du droit européen : le contrôle de l'*ultra vires*. En vertu de cette technique, elle se reconnaît compétente pour écarter l'application du droit de l'Union, à chaque fois qu'elle jugera que celui-ci va au-delà de ce que permet selon elle la clause d'ouverture de l'article 23 de la Loi fondamentale.

► Cour constitutionnelle fédérale allemande, 6 juillet 2010, *Mangold-Urteil EuGH, Honeywell, BVerfG, 2 BvR 2661/06* : la juridiction constitutionnelle subordonne toutefois la mise en œuvre de l'*ultra vires* à la condition que l'interprétation du droit primaire traduise une violation manifeste et claire de la répartition des compétences entre les Etats et l'Union. Elle ajoute qu'à défaut d'une violation suffisamment caractérisée, c'est l'impératif d'application uniforme du droit de l'Union qui devra primer dans un esprit d'ouverture.

- Si ce mouvement peut-être perçu comme une forme de contestation, impliquant un risque de conflit accru, il est aussi possible d'y voir également un nouveau facteur de construction dialogique du système juridictionnel européen. Dans celui, l'ensemble des juridictions concourent à l'interprétation et à l'application du droit de l'Union – même si, pour la Cour de justice, elle seule doit avoir le dernier mot. Or, on doit constater que la promotion de l'identité constitutionnelle est concomitante avec le renforcement d'un phénomène nouveau : l'exercice de renvois préjudiciels par

les juridictions constitutionnelles. Il faut se féliciter qu'avec cette pratique qui semble se régulariser, les juges constitutionnels nationaux puissent participer plus directement au débat sur l'interprétation adéquate des dispositions du droit de l'Union.

Décisions des juridictions constitutionnelles nationales de former un renvoi préjudiciel

- ▶ Cour constitutionnelle italienne, 15 avril 2008, *G.U.*, ord. n° 102 et 103.
- ▶ Tribunal constitutionnel espagnol, 9 juin 2011, *Melloni*, ATC 86/2011, rec. d'amparo n° 6922-2008
- ▶ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 14 janvier 2014, *Peter Gauweiler e.a.*, n° 2 BvR 2728/13.
- ▶ CC, 4 avril 2013, *Jeremy F*, no 2013-314P QPC.

Remarque

S'agissant de la nouveauté du phénomène, exception doit être faite du cas belge, puisqu'entre 2003 et 2013 la Cour constitutionnelle avait déjà sollicité plus d'une soixante de fois la Cour de justice par la voie préjudicielle, et dans une moindre mesure du cas de la Cour autrichienne qui avait utilisé la procédure dès 1999 (M. Verdussen, [« Le dialogue entre les cours constitutionnelles et la Cour de justice de l'Union européenne : vers une justice post-nationale ? »](#), in *IXe Congrès mondial de droit constitutionnel - Oslo, 16-20 juin 2014*, « Défis constitutionnels : globaux et locaux »).

§2. Les rapports externes avec les juridictions européennes : l'interaction juridictionnelle

• Juridiction suprême garante d'un système juridique inédit mis en place par les traités de Paris et de Rome, la Cour de justice doit veiller à ce que les relations extérieures que tissent l'Union et les Etats membres avec d'autres Etats ou organisations ne portent pas atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Dans le cadre de ce contrôle, la Cour admet qu'un accord conclu par l'Union ou ses Etats membres puisse mettre en place un mécanisme juridictionnel propre, mais il doit dans ce cas présenter certaines garanties pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

Définition de l'autonomie dans le cadre des relations extérieures

La préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE implique que les mécanismes relatifs au règlement des différends et à l'unité d'interprétation des règles de l'accord, qu'ils soient juridictionnels ou politiques, « n'aient pas pour effet d'imposer à la Communauté et à ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, une interprétation déterminée des règles de droit communautaire reprises par ledit accord » : CJCE, 18 avril 2002, avis 1/00, Rec. I-3493, pt. 13.

Ces conditions ne sont cependant pas toujours simples à négocier en pratique, l'histoire de la construction européenne mettant en évidence deux situations illustrant cette complexité.

La première concerne le rapprochement entre les Etats membres de l'Union et certains Etats tiers, au sein d'un cadre juridique commun « polarisé » sur le système juridique communautaire, tel que celui de l'Espace économique européen (EEE). Dans son célèbre avis 1/91 (CJCE, 14 décembre 1991, *Projet d'accord portant sur la création de l'Espace économique européen*, avis 1/91, Rec. I-6079), la Cour de

justice a considéré que le mécanisme juridictionnel envisagé, prévoyant une juridiction unique dénommée Cour EEE, était contraire à l'autonomie de l'ordre juridique communautaire. Le projet d'accord a alors été modifié, l'EEE reposant désormais sur un système juridictionnel à double pilier, la Cour AELE et la CJUE (A).

La seconde hypothèse tient au fait que les Etats membres de l'UE sont également membres du système mis en place dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), dont le respect est assuré par une juridiction spécifique : la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH). Les difficultés d'articulation entre ces deux systèmes (UE et CEDH) n'ont été que partiellement surmontées par un mécanisme qui repose sur une présomption simple d'équivalence de la protection des droits fondamentaux. L'articulation pouvait et devait en théorie être améliorée par l'adhésion de l'Union à la CEDH prévue par l'article 6, §2 TUE. Cependant, en 2014, la Cour de justice s'est opposée aux modalités concrètes envisagées, en considérant que le projet d'adhésion portait atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. L'adhésion est en conséquence reportée *sine die* (B).

Article 6 TUE :

1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités.

Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités.

Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions.

2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités.

3. 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.

A. CJUE et Cour AELE : une articulation apaisée

- Lorsqu'en 1955, les Six Etats de la CECA envisagent de créer la CEE, leurs partenaires membres de l'OECE craignent que ce projet scinde la coopération économique mise en place entre les Etats d'Europe de l'Ouest depuis 1948 dans le cadre de l'Organisation Européenne de Coopération Economique (OECE). Une fois le traité de Rome signé, s'ouvrent des négociations en vue de la mise en place d'une vaste zone de libre-échange entre tous les Etats de l'OECE. Cependant, les Six et les « Non-Six » ne parviennent pas à s'accorder sur la conception de la zone (économique pour les premiers, simplement commerciale pour les seconds), et sur son articulation avec le marché commun que les Six souhaitent préserver. Les négociations s'enlisent rapidement et sont suspendues à la fin de l'année 1958.

Faute de pouvoir mettre en place une grande zone de libre-échange commune, un cadre plus restreint, actant la division de l'Europe occidentale, est mis en place entre les Non-Six : l'AELE.

En savoir + : l'AELE



L'Association Européenne de Libre-échange (AELE – ou EFTA : European Free Trade Association) est instituée par la Convention du 4 janvier 1960, signée à Stockholm entre l'Autriche, le Danemark, la Norvège, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse. Par la suite, plusieurs Etats ont rejoint l'AELE (Islande en 1970, Finlande en 1986 et Liechtenstein en 1991), mais la plupart ont ensuite adhéré à la Communauté européenne puis à l'Union (Danemark et Royaume-Uni en 1973, Portugal en 1986, Autriche, Finlande et Suède en 1995). Aujourd'hui l'AELE ne réunit plus que quatre Etats : Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse, et sa convention institutive a été profondément modifiée par « l'amendement de Vaduz » le 21 juin 2001.

Conçue comme un cadre de libre-échange alternatif ou concurrent au marché commun, l'AELE affiche néanmoins, dès le départ, l'objectif de faciliter les liens avec les membres de la Communauté. Cet objectif prendra d'autant plus d'ampleur que plusieurs des membres de l'AELE (en particulier le Royaume-Uni) décideront d'adhérer aux Communautés, sans vouloir rompre leurs liens avec leurs anciens partenaires.

En juillet 1972, des accords de libre-échange sont conclus entre la CEE et chacun des Etats de l'AELE (un accord similaire étant conclu entre la CEE et la Norvège en mai 1973 à la suite de son refus d'adhésion). A la suite de la Déclaration de Luxembourg du 9 avril 1984, sont conclus de nouveaux accords entre la CEE (et/ou ses Etats membres) ainsi que les membres de l'AELE, dans des domaines aussi variés que la coopération douanière, scientifique ou encore la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale.

Mais c'est la nouvelle approche, impulsée par le discours que le Président de la Commission européenne présente le 17 janvier 1989 devant le Parlement européen, qui va faire surgir la question de l'interaction juridictionnelle. La Commission propose en effet que le partenariat entre l'AELE et la CEE franchisse un saut qualitatif en se dotant d'une dimension politique et d'une structure institutionnelle commune. Les discussions ouvertes en 1990 seront parmi les plus difficiles menées par les négociateurs de la Communauté, parce qu'il leur faut trouver un mécanisme institutionnel permettant l'association d'Etats tiers au marché intérieur de la Communauté, sans porter atteinte à l'autonomie de fonctionnement de celle-ci.

En octobre 1991, un accord politique est trouvé et le texte qui en résulte est soumis pour avis à la Cour de justice des Communautés européennes.

Remarque

La procédure d'avis est prévue par l'article 228 TCEE, devenu à la suite du traité de Lisbonne, l'article 218, §11 TFUE. En vertu de cette disposition : « *Un Etat membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités. En cas d'avis négatif de la Cour, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités* ».

Mais, en décembre 1991, l'avis 1/91 de la CJCE fait l'effet d'un coup de tonnerre : le mécanisme juridictionnel prévu par le projet d'accord EEE est incompatible avec le Traité CE.

- La première version de l'accord EEE prévoyait qu'une nouvelle juridiction, dénommée Cour EEE, serait compétente pour interpréter les dispositions de cet accord. Toute la difficulté était liée au fait qu'il était prévu initialement que cette juridiction, composée en partie de juges de la CJCE, se prononce sur un accord qui reprenait largement les dispositions du droit communautaire. En effet, la Cour de justice avait déjà admis que des accords conclus par la Communauté puissent prévoir une protection juridictionnelle propre (v. en ce sens, CJCE, 26 avril 1977, *Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, avis 1/76, pt. 21). Cependant, c'est à la condition que ce système ne porte pas atteinte, par sa structure et ses compétences, à l'ordre juridique de l'Union. Elle a jugé que tel n'était pas le cas pour le projet d'accord EEE.

D'une part, s'agissant de la composition de la juridiction, le fait de prévoir des liens organiques entre la nouvelle juridiction et la Cour de justice, loin d'être une garantie, est au contraire perçu comme un risque pour l'ordre juridique communautaire. La Cour voit dans ces liens un risque de partialité des juges qui la composent et qui pourraient être appelés à *préjuger* des questions qui adviendraient devant elle après avoir été examinées préalablement par la juridiction instituée par l'accord (avis 1/91 préc., pts. 50-52).

D'autre part, la Cour estime que si cette juridiction spéciale pouvait se voir confier la compétence de rendre des décisions s'imposant aux institutions de l'Union, elle considère en revanche, que ces décisions ne pouvaient commander l'interprétation des dispositions du droit de l'UE sur lesquelles l'accord envisagé était basé.

En savoir + : Raisonnement de la Cour

Par une technique argumentative devenue classique, la Cour de justice met d'abord en avant la spécificité du droit communautaire par rapport à l'accord EEE. Ce dernier est considéré comme un simple « *traité international qui ne crée, en substance, que des droits et obligations entre les parties contractantes* » (pt. 20). Cette image très réductrice de l'accord EEE renforce ainsi le décalage avec l'ordre institué par les traités communautaires, qui ont « *instauré un nouvel ordre juridique au profit duquel les États ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants* ». La Cour fait ainsi un rappel de sa jurisprudence fondatrice de 1963, *Van Gend en Loos*, et elle reprend même le vocable de « *charte constitutionnelle d'une communauté de droit* » retenu peu de temps auparavant dans son arrêt *Les Verts* de 1986. C'est à cette différence entre les finalités et le contexte de l'accord EEE, d'une part, et ceux du droit communautaire, d'autre part, que se heurte l'objectif d'homogénéité de l'accord EEE avec le droit communautaire. En effet, les mécanismes envisagés (l'identité de rédaction des dispositions de l'accord EEE par rapport au droit communautaire, la clause d'interprétation de l'article 6 EEE qui impose de tenir compte de la jurisprudence de la Cour EEE...), ne sont pas suffisants pour assurer que l'accord EEE recevra une application et une interprétation homogènes avec les dispositions correspondantes de droit communautaire. Selon la Cour de justice, le projet comportait même le risque que l'interprétation retenue par la Cour EEE de cet accord, qui reprenait « *des dispositions fondamentales de l'ordre juridique communautaire* » (pt. 41), aboutisse à commander l'interprétation de ces règles du droit communautaire (pt. 45).

- Le mécanisme prévoyant l'institution d'une Cour unique EEE ayant été censuré par la Cour, une seconde version est alors rédigée, qui sera jugée compatible avec l'autonomie du droit communautaire par la Cour dans un nouvel avis rendu le 10 avril 1992 (CJCE, 10 avril 1992, *Projet*

d'accord portant sur la création de l'Espace économique européen, avis 1/92, Rec. I-02821). Le nouvel accord EEE, signé en mai 1992 à Porto et toujours en vigueur, substitue au système à pilier unique envisagé, un système juridictionnel à double pilier. L'interprétation de l'accord EEE, pour ce qui concerne les Etats membres de l'UE, est confiée à la Cour de justice ; la compétence d'interprétation à l'égard des Etats membres de l'AELE qui ont ratifié l'accord EEE (tous sauf la Suisse), ayant été confiée à une nouvelle juridiction : la Cour AELE.

Remarque

L'accord EEE prévoit en son article 108 la mise en place d'une Autorité de surveillance AELE (homologue de la Commission européenne à l'égard des Etats de l'AELE membres de l'EEE) et d'une Cour AELE. Cette dernière est compétente, en ce qui concerne l'application de l'accord EEE, notamment pour :

- a) *les actions concernant la procédure de surveillance à l'égard des États de l'AELE ;*
- b) *les recours contre les décisions prises par l'Autorité de surveillance AELE dans le domaine de la concurrence ;*
- c) *le règlement des différends entre deux ou plusieurs États de l'AELE.*

Les modalités régissant le statut de la Cour AELE sont fixées par un accord distinct de l'accord EEE (Accord entre les États de l'AELE relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice, *JO L 344 du 31.12.1994, p. 1-83*).

- La Cour AELE a pris ses fonctions en janvier 1994. Elle était alors composée de cinq juges indépendants, nommés par la Norvège, l'Islande, l'Autriche, la Finlande et la Suède. Ces trois derniers Etats, au départ membres de l'AELE, ayant décidé d'adhérer à l'Union européenne l'année suivante, la composition de la Cour a été modifiée en conséquence. Cependant la même année, en 1995, le Liechtenstein, également membres de l'AELE, est devenu pleinement membre de l'EEE

Remarque

L'entrée en vigueur de l'accord EEE à l'égard du Liechtenstein avait été retardée. Des adaptations étaient nécessaires afin de permettre à la Principauté, qui entretenait des liens étroits avec la Suisse, de participer à l'EEE sans la Confédération suisse, le peuple et les cantons ayant décidé en décembre 1992 de ne pas ratifier l'accord EEE.

Aujourd'hui, la Cour AELE est composée de trois juges et de six juges *ad hoc*, nommés par la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein d'un commun accord, sans que n'intervienne un comité d'évaluation comparable à celui qui existe pour les membres de la Cour de justice.

Alors que le siège de la Cour AELE était initialement basé à Genève, il a été transféré en septembre 1996 à Luxembourg. Cette proximité géographique, conjuguée avec les mécanismes d'homogénéité prévus dans l'accord, a contribué à une certaine uniformité d'application des règles de marché intérieur contenues dans l'accord EEE.

La Cour AELE a en particulier pris soin de prendre en compte régulièrement la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'interprétation des dispositions du droit de l'Union ayant servi de fondement à l'accord EEE. Ainsi, malgré la structure juridictionnelle duale, en pratique, l'homogénéité du droit applicable en vertu de l'accord EEE, à la fois dans les 28 Etats membres de l'Union européenne et dans les 3 Etats de l'AELE parties à l'accord, a jusqu'ici été globalement garantie. Cette articulation apaisée contraste avec les rapports entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme.

B. CJUE et Cour EDH : une articulation contrariée

- Toutes deux nées dans les années 1950 d'une volonté similaire, celle de construire une Europe différente et capable d'assurer la primauté du droit, la Cour de Luxembourg et celle de la Cour de Strasbourg sont d'abord apparues comme des juridictions « voisines », ayant chacune leur pré-carré.

A la première était confiée l'interprétation du droit communautaire, conçu comme essentiellement économique ; à la seconde revenait celle des droits de l'homme, inscrits dans la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH). L'appartenance des Six, à la fois au cadre communautaire et à celui de la CEDH, n'était donc initialement pas considérée comme vecteur de difficultés dans l'articulation des deux systèmes en raison de l'autonomie supposée de leurs domaines de compétence.

Cependant, une protection des droits fondamentaux va progressivement se développer au sein des Communautés pour des raisons variées. Il s'agissait d'assurer les conditions d'acceptabilité de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux (soumis, par leurs constitutions respectives, aux droits fondamentaux), exigence de légitimité d'autant plus importante que les compétences de la Communauté, puis de l'Union s'étendront à de nouvelles matières (voir *supra*, §1). Toute la difficulté vient alors du fait qu'il s'agit d'un système de garantie des droits fondamentaux propre à l'Union européenne, qui n'est pas partie à la CEDH et qui n'est donc pas non plus soumise au contrôle direct de la Cour EDH. En revanche, les Etats membres de l'Union, eux, se voient soumis au respect des droits et obligations imposés par deux ordres juridiques et garantis par deux juridictions supranationales distinctes.

L'articulation entre Cour EDH et Cour de justice est nécessaire, afin de répondre à deux risques, diamétralement opposés : d'une part, le risque que pour une même situation, les Etats membres de l'Union soient soumis à un double contrôle ou à des exigences contradictoires en termes de respect des droits fondamentaux ; d'autre part, le risque qu'une situation qui n'aurait pas été contrôlée par la Cour de justice (compte tenu de la limitation de sa compétence à l'égard des actes du droit primaire, ou des actes relevant des anciens deuxième et troisième piliers) ne puisse pas non plus être examinée par la Cour EDH (en raison du caractère communautaire de l'acte mis en cause). Il s'agit ainsi d'éviter les contradictions, mais aussi les « angles morts » dans la protection des droits de l'homme en Europe. Malgré les progrès réalisés grâce à l'interaction juridictionnelle qui s'est développée afin d'assurer une articulation globalement satisfaisante des ordres juridiques européens (1), seule l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH permettrait d'éviter tout risque de violation non sanctionnée des droits fondamentaux. Cette perspective, ouverte par le Traité de Lisbonne, a toutefois été contrariée par une décision de la Cour de justice de l'Union européenne (2).

1. L'établissement d'une protection équivalente des droits fondamentaux

- La coordination entre les deux systèmes de protection s'est en premier lieu opérée par la prise en compte, par la Cour de justice, de la jurisprudence de la Cour EDH. Trois temps forts peuvent être identifiés.

Cette prise en compte s'est d'abord développée dans les années 1970, dans l'optique d'affermir la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux, la Cour soumettant la validité du droit communautaire dérivé à des « principes généraux » dont font partie les droits fondamentaux (CJCE, 1969, *Stauder*, Aff. 29/69, Rec. 419 et CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, Aff. 11/70, Rec. 1125). Pour identifier la portée de ces principes généraux, la Cour de justice a pris en

compte les « *traditions constitutionnelles communes aux Etats membres* », mais aussi les « *instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré* » (CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, Aff. 4/73, Rec. 491). A ce titre, elle a reconnu la « *signification particulière* » de la CEDH (CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c. Commission*, Aff. jtes 46/87 et 227/88, Rec. 2859, pt. 32), dont elle a fait sa principale source d'inspiration. A partir de cette date, la juridiction commentaire commence ainsi à se référer expressément aux dispositions de la Convention et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Les références de la Cour de justice à la Cour EDH sont en effet de plus en plus marquées et déterminantes à partir des années 1990, époque qui est, avec la chute du mur de Berlin et l'effondrement du bloc soviétique, propice à l'essor des réflexions sur l'Etat de droit et les droits de l'homme. Nombre des arrêts de la Cour de Strasbourg apparaissent à cet égard comme incontournables, et le système de la Cour EDH se voit renforcé, avec la signature et l'entrée en vigueur du Protocole n° 11. L'Union européenne n'échappe pas à ce mouvement : le Traité de Maastricht affirme que « *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 Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* » (article F, paragraphe 2, TUE devenu article 6, paragraphe 3, TUE).

Le traité de Maastricht ouvre ainsi la voie à une habilitation explicite en vue de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour EDH par la Cour de justice. Cette méthode sera par la suite consacrée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée à Nice en 2000, et devenue depuis le traité de Lisbonne un texte ayant valeur de droit primaire au sein de l'Union européenne. D'un côté, cette Charte renforce le système de protection des droits de l'homme de l'Union, en dotant son système juridique et à sa juridiction d'un corpus de droits fondamentaux. De l'autre côté, la Charte tire des conséquences du fait qu'un certain nombre de ses stipulations sont directement inspirées de la CEDH. Elle prévoit en effet une articulation matérielle avec cette dernière, puisqu'elle impose à la Cour de justice d'aligner son interprétation des dispositions analogues sur la jurisprudence strasbourgeoise (articles 52, § 3 et 53).

- En retour, et en second lieu, la Cour EDH a pris en compte le développement de ce système de protection des droits de l'homme sous le contrôle de la juridiction communautaire, lorsqu'elle est confrontée à la délicate question du contrôle des Etats agissant en tant que membres de la Communauté, et désormais de l'Union. L'arrêt le plus significatif à cet égard est probablement l'arrêt *Bosphorus* rendu en formation de Grande Chambre, en 2005 (Cour EDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98).

En savoir + : Contexte de l'affaire *Bosphorus*

L'affaire mettait en cause le droit aux biens de la compagnie aérienne turque Bosphorus Airways, dont l'un de ses aéronefs, loué à une compagnie yougoslave et arrivé à Dublin pour y subir des opérations d'entretien, avait été saisi par les autorités irlandaises en application du droit communautaire. La Cour EDH était ainsi amenée à préciser l'étendue de son contrôle à l'égard de mesures nationales d'exécution d'un règlement communautaire. L'affaire était d'autant plus délicate que ledit règlement était lui-même un acte adopté à la suite du régime de sanctions décidé par le Conseil de sécurité des Nations Unies à l'encontre de la République fédérative de Yougoslavie. En outre, la Cour de justice des communautés européennes, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel formé par la Cour suprême irlandaise, avait déjà affirmé la conformité dudit règlement avec les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique communautaire (CJCE, 30 juillet 1996, *Bosphorus*, Aff. C-84/95. Rec. I-03953, pts. 23 à 26).

L'arrêt de la Cour EDH se caractérise par une recherche d'équilibre, évitant à la fois un renoncement du contrôle, sous prétexte que l'acte en cause trouve son fondement dans le droit communautaire, et un contrôle total faisant fi de cette qualité et des besoins de la coopération internationale. Cet équilibre repose sur un raisonnement distinct selon l'acte à l'origine de la violation alléguée.

- Si, par l'acte national en cause, l'Etat a fait usage (ou en avait la possibilité de faire usage) d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre de la règle communautaire, il reste responsable devant la Cour de Strasbourg. Dans cette hypothèse, la juridiction pourra donc vérifier que l'Etat a usé de son pouvoir de décision afin d'adopter des dispositions qui soient conformes à la CEDH. Tout l'enjeu sera donc de déterminer si l'Etat disposait bien d'une telle marge de manœuvre lui permettant, tout en respectant le droit de l'Union, d'assurer également le respect des droits fondamentaux de la CEDH. Pour ce faire, il est tenu compte du degré de précision de l'acte européen ou encore de l'existence d'une clause dérogatoire prévue par celui-ci. La Cour EDH considèrera ainsi dans son célèbre arrêt *MSS c. Belgique* (Cour EDH, Gde ch., 21 janvier 2011, req. n° 30696/09) que l'article 3, § 2, du règlement « Dublin » (règlement n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003) constituait une telle clause dérogatoire (« *clause de souveraineté* ») qui permettait à la Belgique de refuser le transfert d'un demandeur d'asile vers la Grèce (et de faire exception au principe selon lequel l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile est le pays d'entrée dans l'espace Schengen). Dans la logique d'un dialogue des juges, la Cour de justice de l'Union européenne reprendra globalement à son compte cette jurisprudence dans l'affaire *N.S.* en 2011 (CJUE, 21 décembre 2011, *N.S.*, Aff. C-411/10, Rec. I- 13905). Alors que cette dernière a dans un premier temps tenté de minimiser la portée de l'arrêt *MSS*, le dialogue sur la question de l'obligation faite aux Etats membres de tirer parti des facultés de déroger au droit de l'Union au profit d'une plus grande protection des droits fondamentaux s'est prolongé. Et il semble bien se conclure par une sensibilité accrue du juge luxembourgeois à cette problématique (voir en particulier, CJUE, 17 février 2017, *C. K. e.a. c. Slovénie*, Aff. C-578/16).

- Si, en revanche, l'action mise en cause de l'Etat était entièrement imposée par la règle communautaire, alors le contrôle de la Cour EDH est limité, ou du moins pondéré. La Cour de Strasbourg a considéré dans l'affaire *Bosphorus*, après un examen matériel et procédural du système général par lequel la Cour de justice assure dans son ordre juridique le respect des droits fondamentaux, que cette protection est « *équivalente* » à celle assurée par le mécanisme de la CEDH. Par conséquent, l'action d'un Etat qui se bornerait à appliquer le droit de l'Union est présumée également conforme à la CEDH. Une telle solution repose cependant sur une simple présomption, qui peut être renversée si, dans une affaire particulière, il est démontré que la protection des droits garantis par la Cour de justice est entachée « *d'une insuffisance manifeste* ». Autrement dit, la Cour EDH maintient son contrôle dans l'hypothèse où la protection des droits fondamentaux dans l'Union se révélerait particulièrement lacunaire. C'est le cas en l'absence de tout contrôle de l'acte de l'Union ou lorsque les mécanismes prévus dans l'Union n'ont pas permis, dans une affaire donnée, d'éviter une insuffisance manifeste dans la protection des droits de l'homme (voir à cet égard Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, req. n° 12323/11 ; ainsi que Cour EDH, Gde ch., 23 mai 2016, *Avotiņš c. Lettonie*, req. n° 17502/07).

Les jurisprudences croisées de la Cour de justice et de la Cour EDH ont donc permis de mettre en place une coordination entre deux systèmes de protection des droits de l'homme, évitant de manière générale, le risque de lacune des contrôles et à l'inverse celui d'un double contrôle, mais aussi celui de solutions contradictoires. Cependant, demeurent certaines difficultés, que seule une adhésion semble en mesure de lever.

2. La préservation d'un monopole d'interprétation de la Cour de justice

- Souvent qualifiée de « serpent de mer », l'adhésion de l'UE à la CEDH apparaît, chaque fois que l'on cherche à parvenir à une coordination complète des rapports entre CJUE et CourEDH comme la seule solution efficace, mais cette solution s'éloigne à chaque tentative de mise en place.

L'adhésion de l'UE à la CEDH permettrait d'éviter un certain nombre de difficultés. Le risque que les individus bénéficient d'un niveau de protection variable, limité par les mécanismes de prise en compte précédemment évoqués, n'est jusqu'ici pas exclu. La présomption de compatibilité du droit de l'UE avec les droits fondamentaux, posée par la jurisprudence *Bosphorus*, n'est en effet levée qu'en cas « d'insuffisance manifeste » de la protection. Or, le contrôle des droits fondamentaux opéré par la Cour de justice se fait en tenant compte des particularités du système juridique de l'Union européenne. Ces considérations peuvent la conduire à restreindre la portée des droits fondamentaux, au nom d'exigences du bon fonctionnement des systèmes de coopération mis en place entre les Etats membres.

Tel est le cas en matière de police ou d'asile, domaines dans lesquels la Cour de justice accorde une place centrale à la confiance mutuelle entre Etats membres. De même, demeure le risque que les Etats membres de l'UE soient soumis à des exigences différentes, voire contradictoires, y compris de manière frontale. Il n'est ainsi pas exclu que la Cour EDH considère que l'Etat disposait d'une marge de manœuvre dans l'application du droit de l'UE, pour écarter la présomption *Bosphorus* et opérer un contrôle de l'action de l'Etat par rapport à la CEDH, et éventuellement condamner l'Etat. Or, à l'inverse, la Cour de justice peut considérer que l'Etat était en situation de compétence liée en vertu du droit de l'Union. La problématique est d'autant plus complexe dans les matières couvertes par l'espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ), dont le bon fonctionnement repose sur une confiance mutuelle entre Etats, alors même que ces matières sont précisément celles dans lesquels les atteintes aux droits fondamentaux sont susceptibles d'être les plus fortes.

- Plus largement, l'adhésion de l'UE permettrait un contrôle direct de la Cour EDH sur les actes de l'UE, sans rechercher la responsabilité individuelle ou collective des Etats membres, pour le moment seuls partie à la CEDH. L'avancée serait particulièrement nette à l'égard des dispositions du droit de l'Union qui, du fait de leur appartenance au droit primaire de l'UE ou du fait qu'ils relèvent du domaine des anciens deuxième et troisième piliers, restent exclues du contrôle de la Cour de justice.

Mais le contrôle de la Cour EDH apparaîtrait dans le même temps incongru au regard, tant de l'exclusion de principe de la compétence de juridiction de l'Union pour contrôler de telles dispositions, que du caractère en principe subsidiaire du contrôle de la Cour EDH. Ce premier facteur, conjugué avec le principe d'autonomie du droit de l'Union, mais aussi avec le principe de confiance mutuelle désormais consacré comme un principe fondamental pour le développement de l'intégration, explique que les modalités concrètes de cette adhésion soient particulièrement difficiles à établir.

- L'adhésion de l'Union, et auparavant des Communautés, à la CEDH, a pourtant été envisagée il y a plusieurs années, lorsque les Communautés se sont affirmées comme un ordre juridique garantissant le respect des droits fondamentaux. En 1979, la Commission européenne a déposé un *memorandum* dans cette optique. De même, et tout en souhaitant que la Communauté se dote d'une Déclaration des droits fondamentaux, le Parlement européen a, la même année, pris position en faveur d'une adhésion de la Communauté à la CEDH, qu'il a confirmée par la suite. Du côté du Conseil de l'Europe,

l'Assemblée parlementaire a, dès 1981, elle-aussi accueilli favorablement cette perspective, position qu'elle a également renouvelée par la suite.

Une première perspective sérieuse d'adhésion se présente dans les années 1990, lorsque la Commission demande au Conseil l'ouverture des négociations en vue d'une telle adhésion. Mais le processus connaît un coup d'arrêt en 1996, lorsque la Cour de justice estime que la Communauté ne disposait pas en l'état des traités des compétences lui permettant de signer un accord d'adhésion à la CEDH (CJCE, 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/94, Rec. I-01759, pt. 36). L'adhésion supposait donc une révision préalable des traités institutifs, afin d'introduire une base juridique adéquate.

- Ce fut chose faite avec le Traité de Lisbonne, adopté en 2007 et entré en vigueur en décembre 2009, qui a modifié l'article 6 TUE, dont le paragraphe 2, prévoit désormais : « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* ». Ce faisant, le Traité de Lisbonne semblait lever le dernier obstacle de principe à l'adhésion de l'Union, puisqu'il paraissait non pas seulement autoriser mais imposer l'adhésion. De son côté la CEDH, jusqu'alors ouverte à la signature des seuls Etats, a été révisée par le protocole n° 14 du 13 mai 2004, entré en vigueur le 1er juin 2010, afin de permettre à l'Union d'y adhérer.

Le 4 juin 2010, le Conseil de l'UE décide d'autoriser l'ouverture de négociations d'adhésion, conduites par la Commission. Dans cette perspective et de son côté, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a donné un mandat à son Comité directeur pour les droits de l'Homme (CDDH) afin de collaborer avec la Commission européenne. En janvier 2011, les Présidents de la Cour EDH et de la Cour de justice publient une déclaration commune proposant des éléments de réflexions pour la coordination des deux systèmes juridictionnels. En avril 2012, le Conseil adopte une annexe du mandat de négociation, précisant les principes auxquels devrait répondre cette coordination, afin de respecter l'autonomie du droit de l'UE, et le principe d'un contrôle subsidiaire de la Cour EDH. Le 5 avril 2013, les négociateurs parviennent à un accord sur un projet d'adhésion, qui est alors soumis pour avis à la Cour de justice sur le fondement de l'article 218, § 11 TFUE.

- Insistant sur l'originalité de l'Union européenne, sur les exigences d'autonomie de son ordre juridique de l'Union, et sur la place du principe de confiance mutuelle (pts. 153-177), la CJUE conclut dans son avis 2/13 du 18 décembre 2014, à l'incompatibilité du projet d'adhésion à la CEDH (CJUE, 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, Rec. numérique).

Sont d'abord jugées insuffisantes, afin de préserver l'autonomie du droit de l'UE, les modalités d'articulation matérielle et procédurale des mécanismes de protection des droits, lorsque ceux-ci sont garantis à la fois par la CEDH et par la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

En savoir + : Les modalités d'articulation matérielle et procédurale

D'une part, l'article 53 de la CEDH permettant aux Etats de prévoir des standards de protection droits fondamentaux plus élevés que ceux garantis par cette convention, la Cour de justice considère qu'à l'égard des Etats membres de l'UE, cette faculté doit être limitée « *à ce qui est nécessaire pour éviter de compromettre le niveau de protection prévu par la Charte* » mais aussi « *la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* » (pt. 189). De même et d'autre part, la faculté nouvellement prévue par la CEDH (son protocole n° 16, signé en octobre 2013) permettant aux juridictions nationales d'adresser à la Cour EDH des demandes d'avis sur des questions de principe est, en l'état du projet, susceptible de créer « *un risque de contournement de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à*

l'article 267 TFUE », dont elle affecterait « *l'autonomie et l'efficacité* » (197-198). Elle remettrait ainsi en cause le rapport spécifique établi entre la Cour de justice et les juridictions des Etats membres, en particulier le « *dialogue de juge à juge* » constitué par la procédure du renvoi préjudiciel, « *clef de voute du système juridictionnel* » de l'Union (pt. 176).

Sont également jugées inaptes à garantir l'équilibre sur lequel est fondé l'Union, dans ses rapports avec les Etats membres ou dans les rapports réciproques des Etats membres, les dispositions relatives à l'application de la CEDH dans le champ d'application du droit de l'Union.

En savoir + : Les dispositions relatives à l'application de la CEDH

D'abord, les rapports entre Etats membres obéissent, en particulier en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), à une logique – et même un principe – de confiance mutuelle. La Cour de justice considère que le projet d'adhésion méconnaîtrait la nature des relations entre Etats membres, en particulier le fait que ces Etats sont tenus de présumer, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE, que leurs homologues respectent le droit de l'UE et les droits fondamentaux garantis par ce droit (pt. 194). Ensuite, cette présomption repose sur un système de contrôle spécifique et interne quant à l'interprétation et l'application des traités de l'Union, les Etats membres étant tenus, par l'article 344 TFUE, de recourir aux mécanismes de règlement des différends institués par le droit de l'Union. Or, malgré certaines précautions, le projet d'adhésion laisserait subsister la possibilité que l'Union ou ses Etats membres saisissent la Cour EDH pour des litiges entre les États membres ou entre ces derniers et l'Union, relatifs à l'application de la CEDH dans le champ d'application matériel du droit de l'Union (pt. 213). Enfin, le mécanisme du codéfendeur, introduit afin que les recours soient correctement dirigés vers les Etats non-membres et/ou l'Union selon les cas, comporterait un certain nombre de lacunes en ce qu'il conduirait la Cour EDH à apprécier les règles du droit de l'Union qui régissent la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres (pts. 224 et 230).

Sont enfin mis en cause, au regard des compétences de la Cour de justice, les mécanismes prévus pour garantir le caractère subsidiaire du contrôle de la Cour EDH.

En savoir + : Les mécanismes garantissant le caractère subsidiaire du contrôle

D'une part, le mécanisme de l'implication préalable de la Cour de justice, dans une affaire dont est saisie la Cour EDH et dans laquelle le droit de l'Union est en cause, laisse subsister la possibilité que la Cour EDH apprécie des questions qui relèvent en principe de la compétence exclusive de la Cour de justice (pt. 246). D'autre part, et à l'inverse en ce qui concerne les actes de la PESC à l'égard desquels la compétence de la Cour de justice est toujours limitée par les traités de l'Union (v. *supra*, Section II, §2), le projet d'adhésion de l'Union à la CEDH aboutirait à confier une compétence de contrôle de ces actes à la Cour EDH, c'est-à-dire « *exclusivement à un organe externe à l'Union* » (pt. 255).

- Les réserves exprimées par la Cour ont en pratique suspendu, ou du moins retardé jusqu'à ce jour le processus d'adhésion. Certes, la volonté politique d'adhérer est maintenue, comme l'a réaffirmé le Président de la Commission européenne Jean-Claude Juncker lors d'une visite au Conseil de l'Europe à Strasbourg en avril 2016. Mais le processus mettra – de nouveau – à l'épreuve l'habileté des diplomates et juristes, afin d'élaborer de nouvelles solutions compatibles avec les principes constitutionnels de l'Union européenne. La pleine réalisation d'un « espace juridictionnel » européen, cohérent et consistant, garants des valeurs fondatrices communes, passe nécessairement par la réussite de ce défi.