
SABINE SAURUGGER
ET FABIEN TERPAN

LA COUR DE JUSTICE AU CŒUR
DE LA GOUVERNANCE
EUROPÉENNE

59

L'analyse de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est fondée aujourd'hui sur un consensus autour de l'idée selon laquelle la Cour a exercé un pouvoir fort, imprimant sa marque sur le processus d'intégration européenne à travers une jurisprudence considérée comme « audacieuse ». Les outils employés pour analyser cette audace jurisprudentielle ne sont toutefois pas les mêmes parmi les juristes, politistes et historiens. Il existe, chez les juristes¹, une connaissance fine de la jurisprudence et des méthodes d'interprétation de la CJUE, mais un intérêt moindre pour les juges, leur origine, leur profil sociologique et, de manière générale, pour les conditions politiques d'élaboration des décisions jurisprudentielles. Les historiens et les politistes², au contraire, font une large place à ces approches, se soucient des motivations politiques qui animent la Cour depuis les années 1950, soulignent qu'elle

1. Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011; Allan Rosas, Egils Levits, Yves Bot, *La Cour de justice et la construction de l'Europe*, Hambourg, Springer, 2013.

2. Parmi les historiens, cf. Billy Davies, *Resisting the European Court of Justice. Germany's Confrontation with European Law (1949-1979)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; Morten Rasmussen, « Rewriting the History of European Public Law: The New Contribution of Historians », *American University International Law Review*, vol. 28, 2013, p. 1187-1357. Parmi les politistes, cf. Karen J. Alter, « The European Court's Political Power », *West European Politics*, vol. 19, n° 3, 1996, p. 458-487; Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Antoine Vauchez, *L'Union par le droit: l'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013.

est un acteur politique, au risque d'oublier qu'elle a aussi et avant tout assuré un rôle juridictionnel issu des traités.

Bien que s'appuyant sur des arguments solides, les auteurs défendant l'idée d'une Cour audacieuse ne parviennent pas toujours à éviter le piège « normatif ». La tentation existe chez certains de mettre en avant l'influence « bénéfique » de la Cour sur le processus d'intégration. D'autres, en revanche, critiquent son rôle au nom d'une certaine conception de la démocratie, en comparant l'activisme de la Cour à un « gouvernement des juges ». Il ne s'agit pas, pour nous, de se réjouir du rôle intégrateur joué par la Cour, ni de dénoncer une nouvelle forme de gouvernement des juges, mais de s'interroger sur le rôle de la Cour, au-delà des *a priori* qui trop souvent en faussent l'analyse.

60 La Cour, par son « activisme³ », exerce-t-elle une influence prépondérante sur l'Union européenne ? Par influence prépondérante, on entend une situation où la Cour modifie l'état du droit, substantiellement et de sa propre initiative, par une interprétation évolutive. Inversement, la Cour n'exerce pas une influence prépondérante si elle ne modifie pas l'état du droit de manière substantielle ou si elle se contente d'une interprétation à la lettre des traités et du droit secondaire.

Nous répondrons à cette question par une approche en termes de gouvernance. L'intérêt d'une telle approche est d'éviter les effets de loupe que créent inévitablement les analyses centrées sur la Cour, ses membres, son fonctionnement interne. La Cour et ses juges sont le plus souvent présentés comme les acteurs centraux d'un processus d'intégration juridique ayant profondément marqué la construction européenne. Dans une logique descendante, ou *top down*, l'institution aurait élaboré une vision constitutionnelle du droit de l'Union européenne à laquelle ni les institutions européennes ni les États membres n'auraient pu s'opposer. Par rapport aux analyses de type hiérarchique, l'approche en termes de gouvernance a l'avantage de situer la CJUE dans son environnement, de mieux saisir ses interactions avec les autres acteurs que sont les institutions, les gouvernements, les juridictions nationales, la société civile. Elle permet, tout en maintenant la thèse de l'acteur politique, de montrer que la place de la Cour n'est pas uniquement liée aux choix jurisprudentiels qu'elle opère ni à la volonté de ses juges, mais

3. R. Daniel Kelemen, Susanne K. Schmidt, « Introduction. The European Court of Justice and Legal Integration: Perpetual Momentum ? », *Journal of European Public Policy*, vol. 19, n° 1, 2012, p. 1-7.

au contexte politique et institutionnel dans lequel elle se situe. Ainsi, l'activisme juridictionnel dont la Cour aurait fait preuve, des années 1950 à la fin des années 1980, est éclairé d'un jour nouveau lorsqu'on s'intéresse au système politique dans son ensemble. De la même façon, l'attitude de retenue (*self-restraint*) de la Cour depuis les années 1990, si toutefois elle est confirmée, ne peut être analysée qu'en relation avec les évolutions affectant l'Union et ses États membres de manière générale.

Après avoir présenté la thèse dominante de la CJUE comme pouvoir central ou acteur politique, on s'efforcera de nuancer le récit d'une Cour qui, après avoir transformé en profondeur le processus d'intégration, serait rentrée dans le rang au tournant des années 1990, dans un contexte marqué par l'augmentation des résistances à la construction européenne. Ainsi, si une forme de gouvernance par les juges s'est très tôt mise en place, la Cour a aussi et surtout été modelée par le système de gouvernance européenne, que ce soit dans la période forte de « l'intégration par le droit » ou dans la période post-Maastricht où la place du droit est plus floue et controversée. Depuis une vingtaine d'années, les modalités de la gouvernance semblent inciter la Cour à maintenir des formes assez classiques d'activisme jurisprudentiel.

61

LA GOUVERNANCE PAR LES JUGES EUROPÉENS

Ce sont les travaux de science politique qui, à partir des années 1990, ont particulièrement mis en avant l'idée selon laquelle la CJUE, loin d'être seulement la voix du droit, est aussi un acteur politique dont les choix ont grandement affecté le système politique de l'Union. Cette idée, en fin de compte, était déjà présente chez les juristes, de manière plus implicite et avec un moindre souci de théorisation. Mais lorsque Pierre Pescatore évoquait un « quadripartisme institutionnel⁴ », il plaçait la Cour de justice sur le même plan que les institutions exerçant le pouvoir politique européen, à savoir la Commission, le Conseil et le Parlement. De même, lorsque Mauro Cappelletti, Monica Seccombe et Joseph Weiler publient les différents volumes d'*Integration through Law*, au milieu des années 1980⁵, ils soulignent que la Cour, à travers sa jurisprudence, a favorisé l'intégration européenne alors que les États membres, depuis

4. Pierre Pescatore, « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome », *Cahiers de droit européen*, vol. 4, 1978, p. 387-406.

5. Mauro Cappelletti, Monica Seccombe, Joseph Weiler, *Integration through Law: Methods, Tools, and Institutions*, 3 t., Bruxelles-New York (N. Y.), Walter de Gruyter, 1986-1987.

la crise de la chaise vide en 1965-1966, peinaient à prendre des décisions. Cappelletti, en particulier, mettait en avant les effets « positifs » de la jurisprudence européenne sur le processus d'intégration.

En science politique, les travaux de Karen Alter⁶ ont popularisé l'analyse de la Cour en tant qu'acteur politique. Cette dernière aurait réussi à imposer sa conception du droit communautaire, avec le soutien des juridictions nationales et le consentement passif des gouvernements nationaux, qui auraient pu l'en empêcher au nom de la souveraineté nationale.

L'activisme jurisprudentiel

62 On retiendra de cette littérature que la Cour aurait modelé la gouvernance européenne à travers sa jurisprudence, tant au niveau constitutionnel qu'au niveau législatif. Ce phénomène est généralement dénommé « activisme jurisprudentiel ».

La jurisprudence « constitutionnelle » date des arrêts fondateurs du début des années 1960. Dans son arrêt *Van Gend en Loos* de 1963, la Cour a affirmé le principe de l'effet direct non seulement des règlements (ce qui était prévu explicitement par le traité de Rome, entré en vigueur en 1958), mais aussi de certaines dispositions des traités. Plus tard, elle étendra cette jurisprudence aux directives, afin d'assurer l'« effet utile » du droit de l'Union, c'est-à-dire sa mise en œuvre effective. Dans son arrêt *Costa c. Enel* de 1964, elle consacre le principe de primauté, le présentant comme un complément indispensable du principe d'effet direct qui stipule que les particuliers peuvent invoquer directement les normes européennes devant les juridictions nationales.

Outre ces deux principes existentiels, la CJUE a rendu de nombreux arrêts donnant forme constitutionnelle à l'Union européenne, que ce soit pour assurer l'équilibre entre les institutions ou la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Avant même l'existence d'une Charte européenne des droits fondamentaux, elle a assuré la défense des droits et libertés en consacrant la catégorie des principes généraux du droit communautaire. Issus principalement des traditions constitutionnelles nationales et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ces principes ont donné à la Communauté la forme d'une « communauté de droit⁷ ».

6. Karen Alter, *The European Court's Political Power: Selected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

7. Jörg Gerkrath, *L'Émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation*

De manière générale, la Cour a œuvré pour que la nature constitutionnelle des traités soit officiellement reconnue, allant jusqu'à présenter ces derniers comme la « charte constitutionnelle de base » de la Communauté européenne (C-294/83, *Les Verts*, 1986).

Par ailleurs, la Cour a modelé la gouvernance européenne à travers sa jurisprudence de niveau législatif. En considérant qu'en l'absence de règles communes les États membres doivent reconnaître les règles de production et de commercialisation des produits en vigueur dans les autres pays – comme l'a dit le célèbre arrêt *Cassis de Dijon* de 1979 (C-120/78, *Rewe-Zentral AK*, 1979) –, la Cour a compensé la difficulté éprouvée par les institutions à harmoniser les droits nationaux, en particulier dans la période ayant suivi le compromis de Luxembourg (1966), durant laquelle le vote à la majorité qualifiée était bloqué par le droit de veto octroyé aux États membres.

63

Une Cour indépendante et pro-intégration ?

L'activisme jurisprudentiel de la Cour de justice est généralement expliqué par deux raisons principales : l'indépendance de la Cour et son penchant supranational.

A priori, l'indépendance de la Cour n'est pas acquise, étant donné son mode de désignation. La Cour est composée de vingt-huit membres, un par État, ce qui laisse planer le doute quant à son aptitude à défendre des positions contraires à celles des États. Toutefois, les juges doivent être choisis parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance (art. 251 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁸) et les délibérations sont tenues secrètes de manière à libérer les juges de toute pression extérieure. Certes, le fait que le mandat des juges soit court (six ans) et renouvelable laisse penser qu'ils seront à l'écoute de leur État d'origine s'ils veulent aller au-delà d'un mandat unique. De fait, certains juges ayant déplu à leur gouvernement national n'ont pas été renouvelés, à l'instar du juge allemand Manfred Zuleeg en 1994⁹. On ne peut cependant conclure à l'existence d'une influence automatique des États sur la Cour. D'une part, les nominations ne semblent pas toujours obéir à la volonté de disposer d'un juge « servile » au sein de la CJUE. On se rappelle même que le général de Gaulle, peu enclin à

et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997.

8. Version consolidée du traité de Rome de 1957 par le traité de Lisbonne de 2007.

9. Renaud Dehousse, *The European Court of Justice: The Politics Of Judicial Integration*, New York (N. Y.), St. Martin's Press, 1998, p. 12.

favoriser une évolution supranationale de la construction européenne, avait nommé Robert Lecourt, alors que celui-ci avait démissionné du gouvernement pour protester contre la dérive anti-Communauté européenne qui semblait l'affecter. D'autre part, si l'idée a pu être soutenue que la Cour suivait les préférences exprimées par les grands États ¹⁰, elle n'a cependant pas résisté à une analyse approfondie. On considère même parfois que la Cour, malgré un mode de désignation des juges moins favorable à leur indépendance, dispose d'une plus large marge de manœuvre que les cours nationales ¹¹.

64

Si cette indépendance a rendu possible l'activisme de la Cour, il a fallu aussi que celle-ci développe une conception exigeante et volontariste de son propre rôle. Pour beaucoup, la Cour est allée au-delà de ce que prévoyaient les traités, puisqu'elle a posé les principes d'effet direct et de primauté, et s'est imposée comme une juridiction quasi constitutionnelle. En donnant une lecture intégrationniste des traités, elle aurait mis en œuvre un agenda pro-intégration, au détriment de la lettre des traités et de la volonté des gouvernements, et se serait elle-même placée au centre d'un système d'intégration par le droit auquel participent aussi les juridictions nationales.

Trois types d'explication peuvent éclairer l'attitude des juges et leur lecture fédéraliste de la construction européenne. D'abord, les premiers juges nommés étaient pour la plupart des spécialistes de droit interne, enclins de ce fait à envisager le droit communautaire comme un droit national plutôt qu'un droit international. Ensuite, les juges faisant corps avec leur institution, il n'est pas étonnant qu'ils défendent une approche qui soit favorable au renforcement des pouvoirs de la Cour. Leur attitude résulte d'un choix rationnel ou d'un effet de socialisation. Enfin, les juges se sont appuyés sur un réseau de juristes à la fois bruxellois et nationaux, qui ont formé un champ favorable à la logique de l'intégration par le droit.

En résumé, la thèse dominante consiste à présenter la Cour comme une juridiction activiste, composée de juges « européens » ayant choisi, en toute indépendance, de favoriser le processus d'intégration sans hésiter à s'éloigner des traités ni à déplaire aux gouvernements. Cette thèse doit être discutée et réajustée à partir d'une approche en termes de gouvernance.

10. Geoffrey Garrett, « International Cooperation and Institutional Choice: The European Community's Internal Market », *International Organization*, vol. 46, n° 2, 1992, p. 533-560.

11. Mark A. Pollack, *The Engines of European Integration: Delegation, Agency, and Agenda Setting in the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 166.

UNE GOUVERNANCE FAVORABLE
 À L'INTÉGRATION PAR LE DROIT ET DONC À LA CJUE

La thèse du gouvernement par les juges souffre de limites intrinsèques. L'activisme jurisprudentiel est devenu une idée reçue qu'on interroge trop rarement¹². Dans ce système de gouvernance, la Cour a-t-elle été activiste ? Si oui, l'a-t-elle été à tous moments et à tous propos, et l'est-elle encore ? On reviendra sur ce point ultérieurement. Pour l'heure, si l'on admet que les arrêts fondateurs reflètent un certain activisme, doit-on pour autant se contenter du récit qui voit la Cour, jusqu'aux années 1990 au moins, au centre d'un système de gouvernance par les juges ?

Deux arguments s'y opposent. D'une part, parler de gouvernance à propos de la jurisprudence de la Cour nécessite quelques précautions. Le rôle de la Cour, comme de n'importe quelle juridiction, n'est pas uniquement d'être la « bouche du droit ». Bien que cela heurte une certaine tradition du droit français, les juridictions, et donc la Cour, s'approchent par leurs interprétations d'un rôle de décideur politique, sans pour autant se substituer au pouvoir politique. Néanmoins, l'idée que la Cour puisse livrer des interprétations prétorienne n'est pas incompatible avec le fait qu'elle se fonde sur de véritables raisonnements juridiques. Celui qui a mené à l'affirmation des principes de primauté et d'effet direct n'était peut-être pas le seul possible, mais il s'agissait d'un raisonnement juridique possible.

D'autre part, les explications qui se cantonnent au rôle des juges ne suffisent pas : comment un petit groupe de juges aurait-il pu imposer sa conception de l'intégration si cette conception n'avait pas été acceptée par une majorité d'acteurs concernés ? La Cour n'a, en tant que telle, pas de moyens de sanction¹³ – pas d'huissier ni de force de police qu'elle peut actionner directement. Élargir ces explications à la communauté des juristes ne suffit pas non plus. Tous les juristes, qu'ils soient à la CJUE, dans une juridiction nationale, dans les institutions politiques européennes ou simplement universitaires, ne partagent pas la même vision du processus d'intégration et de la place que doivent y prendre le droit et les juridictions. L'exemple récent du traité constitutionnel,

65

12. R. Daniel Kelemen, Susanne K. Schmidt, « Introduction. The European Court of Justice and Legal Integration: Perpetual Momentum ? », art. cité.

13. La seule exception réside dans la possibilité de demander à un État membre le paiement d'une amende en cas de non-respect d'un arrêt de manquement.

signé en 2004 mais jamais ratifié, avec les réactions qu'il a suscitées chez les constitutionnalistes notamment ¹⁴, suffit à démontrer l'absence de consensus. C'est donc plus largement dans le système de gouvernance européenne que l'on doit chercher les raisons et les conditions ayant permis à la Cour d'exercer un pouvoir fort.

La CJUE : un outil au service d'intérêts multiples

Pour que la Cour émerge en tant qu'acteur politique, il a fallu qu'elle soit saisie, il a fallu que d'autres acteurs acceptent qu'elle devienne un pouvoir fort et qu'ils la sollicitent.

66 Ainsi, les intérêts de la CJUE ont rencontré ceux des juridictions nationales, donnant naissance à un système juridictionnel dont la Cour n'est que la partie émergée, l'application du droit de l'Union européenne relevant pour une large part des tribunaux nationaux.

Les juridictions nationales ont « activé » la CJUE en utilisant le renvoi préjudiciel pour lui demander d'interpréter ou d'apprécier la validité du droit communautaire. C'est ce qu'a fait la Tariefcommissie néerlandaise qui a interrogé la Cour sur l'effet direct de la disposition du traité de Rome portant sur la prohibition des barrières tarifaires (C-26/62, *Van Gend en Loos*, 1963). De manière générale, les juridictions ordinaires ont trouvé dans le renvoi préjudiciel l'occasion d'un regain de pouvoir par rapport aux juridictions supérieures. Parmi ces dernières, certaines ont résisté en faisant un usage assez fréquent de la doctrine de l'acte clair, selon laquelle le renvoi n'est pas obligatoire si l'application de la norme s'impose avec évidence au juge interne (et s'imposerait avec la même évidence au juge d'autres États membres) ou si l'interprétation a déjà été donnée par la Cour. Autorisé par cette dernière (C-283/81, *CILFIT*, 1982), le recours à cette doctrine a été fortement discuté dans le cas du Conseil d'État français, lequel, dès les années 1960, a saisi la possibilité de s'opposer à la Cour avant d'évoluer vers une pratique plus coopérative.

Par ailleurs, les juridictions nationales ont accepté le principe de primauté, fixé par la CJUE dans l'arrêt *Costa c. Enel*. Cela a parfois pris du temps, comme dans le cas français où le Conseil d'État a fait prévaloir le dernier texte adopté, donc éventuellement un texte de droit français, au détriment du droit communautaire, avant d'appliquer largement la primauté du droit communautaire sur la loi française à partir de l'arrêt *Nicolo* en 1989. Mais, de manière générale, la coopération du juge interne

14. Cf. notamment l'expression « monstre juridique » employée par Dominique Rousseau.

avec la CJUE est aujourd'hui bien établie, ce qui permet d'assurer le bon fonctionnement du système juridictionnel.

Reste cependant une limite de taille qui porte sur les rapports entre droit européen et Constitutions nationales, les cours constitutionnelles considérant que la primauté concerne les lois et les actes réglementaires, mais pas les textes suprêmes. On citera, à cet égard, les fameux arrêts *Solange I* et *II* du tribunal de Karlsruhe, ou même sa décision plus récente sur le traité de Lisbonne (entré en vigueur en 2009). Cette résistance des cours constitutionnelles démontre qu'on ne se situe pas dans une logique juridique de nature hiérarchique, l'échelon européen s'imposant en toutes circonstances à l'échelon national, mais plutôt dans celle d'un « dualisme », voire d'un « pluralisme constitutionnel ¹⁵ », qui présente deux niveaux constitutionnels, celui des traités européens qui relève de la CJUE, celui des Constitutions qui relève des cours nationales. Ainsi est également démontré que la Cour se heurte à des obstacles forts et ne parvient pas à imposer sa conception du droit de l'Union européenne lorsque les conditions externes ne sont pas favorables.

67

En dehors de la coopération du juge interne, ce qui a permis de renforcer la position de la CJUE est le fait qu'elle a été saisie par des requérants divers, chacun y trouvant un intérêt. Les États membres ont demandé à la Cour de défendre leurs prérogatives contre la Commission ou le Parlement, très rarement contre d'autres États membres. La Commission, le Parlement et le Conseil ont sollicité la Cour pour confirmer ou renforcer leur participation au système décisionnel. Des requérants privés ont saisi la Cour pour défendre leurs droits lorsque ceux-ci étaient directement menacés par les institutions européennes. Surtout, les requérants privés se sont engouffrés dans la brèche ouverte par la Cour en invoquant le droit de l'Union européenne devant les juridictions nationales. La société civile, les groupes d'intérêt, les entreprises, les citoyens, ont contribué au développement et à la légitimation du système juridictionnel de l'Union ¹⁶.

Une Cour conçue et confortée par les États membres

Quelles que soient les audaces jurisprudentielles dont la Cour a pu faire preuve, il ne faut pas oublier que le traité de Rome, dès sa signature en

15. Matej Avbelj, Jan Komárek (dir.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

16. Rachel A. Cichowski, *The European Court and Civil Society: Litigation, Mobilization and Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

1957, avait posé des jalons en lui donnant la charge de veiller au respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité, par un double contrôle des institutions communautaires et des États membres. Les six États signataires du traité n'imaginaient sans doute pas à quel point le droit allait influencer le processus d'intégration, mais ils avaient eux-mêmes eu l'audace de placer leurs relations mutuelles au sein des Communautés sous le contrôle d'une cour supranationale dont la juridiction était obligatoire.

68 Bien sûr, les États ont admis difficilement certains des principes dégagés par la Cour. Dans l'affaire *Van Gend en Loos*, une majorité d'États s'est opposée à l'effet direct des traités, s'appuyant sur la lettre du traité de Rome qui prévoyait uniquement l'effet direct des règlements. Certains soutiennent que la Cour a imposé sa conception du droit à des gouvernements hostiles, en interprétant le traité de Rome en fonction de son système général et de ses finalités, au risque de s'éloigner fortement de la volonté exprimée par les parties au traité au moment de la signature. On rappellera tout d'abord que la méthode d'interprétation choisie par la Cour n'est pas une aberration sur le plan juridique et que, même si le choix est politique, il n'en demeure pas moins justifiable en droit. En outre, la volonté des signataires des traités est toujours difficile à établir. Et peut-on dire qu'une interprétation prenant en compte la finalité exprimée dans le préambule, à savoir la volonté de créer « une Union sans cesse plus étroite », est par nature contraire à la volonté des signataires ?

Ainsi, les États ont donné naissance à une juridiction supranationale, ce qui n'est pas courant, et lui ont donné des pouvoirs, ce qui l'est encore moins, pouvoirs qu'elle a utilisés au maximum de son « intérêt ». Pourquoi l'ont-ils fait et pour quelles raisons ont-ils accepté la jurisprudence de la Cour dans ses plus grandes audaces ?

Deux réponses sont possibles. La première met l'accent sur le caractère rationnel de l'acceptation par les États. À première vue, il peut paraître irrationnel de consentir aux limitations de souveraineté issues des arrêts de la Cour. Mais, en partant du principe que les États savent que l'intégration européenne est un processus de longue durée, s'ils acceptent de déléguer des pouvoirs à la Cour, c'est parce qu'elle peut garantir la crédibilité des engagements contractés (*credible commitments*)¹⁷.

La seconde réponse consiste à dire que les États n'ont pas pu réagir, en raison des spécificités du système politique européen. Si l'on considère

17. Geoffroy Garrett, « International Cooperation and Institutional Choice... », art. cité.

les décisions de la Cour de niveau constitutionnel, les principes généraux par exemple, on observe qu'il faut, pour les bloquer, une révision des traités dont on sait qu'elle ne peut être menée qu'au terme d'une procédure très lourde, ponctuée par une ratification dans la totalité des États membres. D'autres décisions de la Cour peuvent être contrées en adoptant un acte de niveau législatif, directive ou règlement. Mais, là encore, les spécificités du système décisionnel rendent la chose difficile, puisqu'il faudra réunir soit l'unanimité des États, soit une très large majorité. En somme, la prise de décision au sein de l'Union permet à la CJUE de bénéficier d'une très large marge de manœuvre, alors même que les modes de désignation des juges laissent penser qu'elle est dépendante des États¹⁸.

Rien ne dit que les deux réponses soient exclusives l'une de l'autre. On peut soutenir, à l'inverse, que les États membres ont favorisé le développement de la Cour et du système juridictionnel européen dans son ensemble, non seulement parce qu'ils ont eu du mal à s'y opposer mais aussi parce qu'ils n'ont pas réellement souhaité le faire.

69

Dans tous les cas, on voit bien que l'activisme jurisprudentiel de la Cour gagne à être placé dans la perspective plus large d'une gouvernance européenne qui implique les États mais aussi des acteurs non étatiques divers. Le même raisonnement peut être appliqué à l'idée selon laquelle la Cour aurait, depuis le début des années 1990, entamé une mue et remplacé l'activisme par la retenue.

RÔLE PRÉSERVÉ OU LIMITATION DE LA COUR ?

Depuis le début des années 1990, les commentateurs de la Cour au sein du système de gouvernance européenne s'accordent sur le diagnostic qu'elle serait devenue moins audacieuse, ou moins activiste. On exposera cette thèse avant de la discuter fortement.

La thèse de la retenue

Trois arguments sont généralement mis en avant pour montrer que la CJUE ferait aujourd'hui preuve de retenue dans son activité jurisprudentielle.

Premièrement, la réforme des institutions par les traités tend à limiter le pouvoir de la CJUE. Si l'Acte unique et le traité de Maastricht (ou traité sur l'Union européenne), signés respectivement en 1986 et 1992,

18. Mark A. Pollack, *The Engines of European Integration...*, *op. cit.*

ont élargi les compétences de la Communauté et augmenté le nombre d'actions de politiques publiques influencées par la réglementation européenne, deux domaines entiers ont été exclus de la juridiction de la Cour : la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et le domaine Justice et affaires intérieures (JAI). Les questions relevant de la JAI ont finalement été placées sous le contrôle de la Cour, moyennant certaines limites¹⁹, par les traités d'Amsterdam et de Lisbonne, signés en 1997 et 2007. Enfin, l'introduction du vote à la majorité qualifiée par le traité de Maastricht peut être vue comme une possibilité donnée aux États membres de changer les décisions de la Cour par une nouvelle législation, ce qui était plus difficile à réaliser lorsque la décision du Conseil était prise systématiquement à l'unanimité²⁰.

70 Le deuxième argument renvoie au renforcement du contrôle public sur la CJUE, contrôle qui passe non seulement par les États membres, mais aussi *via* le regard plus intéressé des médias et des citoyens à l'égard de l'activité de la Cour. Ce nouvel intérêt est la conséquence de la fin du « consensus permissif », concept forgé par Leon Lindberg et Stuart Scheingold dans les années 1960 et défini comme un soutien passif des citoyens à l'intégration européenne. Un certain nombre de réformes ont été initiées au niveau européen afin de répondre aux critiques sur les contraintes excessives introduites par la régulation européenne, critiques qui s'adressaient aussi au rôle de la CJUE. En 1996, la Commission sous la présidence de Jacques Santer lance l'initiative « Simplifier la législation relative au marché intérieur », afin de faire « moins, mais mieux ». En 2002, la Commission initie le plan d'action « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », considéré comme un élément clé du renforcement de compétitivité dans l'Union européenne. Enfin, sous la présidence Barroso, la Commission met en place une nouvelle initiative en vue de simplifier la régulation européenne²¹. C'est dans ce contexte qu'on trouve parfois l'argument selon lequel la Cour, parallèlement aux initiatives de la Commission pour que la réglementation soit moins pléthorique, aurait cherché à s'autolimiter et se serait retenue de rendre des décisions trop ambitieuses.

Troisièmement, le traité de Maastricht a introduit de « nouveaux modes

19. Henri Labayle, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 42, n° 1, 2006, p. 1-46.

20. Geoffrey Garrett, George Tsebelis, « An Institutional Critique of Intergovernmentalism », *International Organization*, vol. 50, n° 2, 1996, p. 269-299.

21. Pour une vue d'ensemble de ces initiatives, cf. « Smart Regulation : Key Documents », EC.Europa.eu.

de gouvernance», lesquels ont été plus largement développés dans la stratégie de Lisbonne de 2000. Ces modes de gouvernance ont augmenté le nombre de règles de *soft law*²² dans les domaines de l'emploi, de la coordination des politiques économiques, ou encore des politiques sociales et environnementales. Ces règles renvoient à des directives-cadres, à la co-régulation, à la coordination, aux accords volontaires, à des instruments économiques, statistiques ou financiers, ou encore à la « méthode ouverte de coordination » (MOC)²³. Elles constituent une forme de gouvernance plus flexible, moins formelle, et se caractérisent par la recherche d'un plus grand degré de délibération entre acteurs publics et privés, ainsi que par une coordination accrue des différents niveaux de gouvernement. L'introduction de ces « nouveaux modes de gouvernance » aurait, en court-circuitant le contrôle de la CJUE, limité l'influence de celle-ci. Selon Renaud Dehousse, « la méthode ouverte de coordination s'inscrit dans un cadre de réforme des politiques communautaires marqué par un déclin relatif de l'approche législative qui a caractérisé le programme de réalisation du marché intérieur²⁴ ».

71

Un quatrième argument pourrait être ajouté, celui de la plus grande diversité régnant au sein de la CJUE du fait des élargissements successifs. Le passage d'une Cour de douze membres, au début des années 1990, à une Cour de vingt-huit membres, depuis l'entrée de la Croatie dans l'Union, a augmenté la diversité des traditions juridiques représentées, rendant plus difficile l'affirmation d'une jurisprudence clairement pro-intégration. L'influence du nombre de juges sur le comportement de la CJUE reste néanmoins difficile à démontrer, d'autant qu'elle est contrebalancée par une organisation en formations de jugement plus restreintes (trois, cinq ou quinze juges).

Les limites de la retenue: la thèse de l'activisme maintenu

En opposition à ces arguments, un autre groupe de chercheurs considère que la judiciarisation de l'Union européenne est plus importante que

22. Fabien Terpan, *Droit et Politique de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 110-112, 120-122; Sabine Saurugger, Fabien Terpan, « Analyser les résistances nationales à la mise en œuvre des normes européennes: une étude des instruments d'action publique », *Quaderni*, vol. 80, 2013, p. 5-24.

23. Dermot Hodson, « Macroeconomic Coordination in the Euro Area: The Scope and Limits of the Open Method », *Journal of European Public Policy*, vol. 11, n° 2, 2004, p. 231-248; Stijn Smismans, « From Harmonization to Coordination? EU Law in the Lisbon Governance Architecture », *Journal of European Public Policy*, vol. 18, n° 4, 2011, p. 504-524.

24. Renaud Dehousse (dir.), *L'Europe sans Bruxelles? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 159.

jamais ou, au moins, que l'expansionnisme de la Cour est inégal à travers les différents domaines de politiques publiques²⁵.

Dans des domaines aussi larges que la protection des salariés, la régulation des titres financiers, la libre circulation des travailleurs, des étudiants, ou encore des patients, on observe un accroissement de la contrainte juridique au niveau de l'Union européenne, une augmentation des demandes venant des citoyens et du nombre de recours devant la CJUE²⁶. Ce n'est pas parce que la Cour ne rend plus de grands arrêts fondateurs et existentiels, tels que ceux ayant posé les principes de primauté et d'effet direct en 1963-1964, qu'elle n'exerce plus d'influence à travers sa jurisprudence.

72 Deux mécanismes se révèlent cruciaux à cet égard. Le premier est lié au processus de re-régulation, de nature judiciaire, qui succède au processus de dérégulation – ou « intégration négative » – lancé par les institutions politiques en vue de réaliser le marché unique. Ceci est dû au fait que de nouveaux acteurs tels que les groupes d'intérêt, les entreprises, les organisations non gouvernementales, les autorités de régulation, remettent en question les arrangements informels qui ont longtemps prévalu au niveau de l'Union européenne et demandent aux juridictions de préciser les règles applicables. Ces juridictions répondent en livrant des interprétations du droit qui, d'une certaine manière, compensent ou contrebalancent l'intégration négative. Cette tendance, qui existe depuis l'origine et surtout depuis les années 1970 avec les arrêts relatifs aux libertés de circulation, n'a pas disparu, bien au contraire.

Le deuxième mécanisme renvoie à la structure institutionnelle fragmentée de l'Union européenne. La relative faiblesse de l'appareil administratif européen a favorisé l'établissement d'un système juridictionnel fort. La fragmentation supplémentaire existant entre le niveau européen et le niveau national, ainsi qu'entre les différentes institutions européennes, a joué en faveur de l'établissement par la Cour d'objectifs clairs et juridiquement contraignants, qui s'appuient sur des procédures transparentes. En théorie, la jurisprudence de la CJUE peut être contrecarrée soit par un acte législatif, soit par un acte constitutionnel (une révision

25. R. Daniel Kelemen, *Eurolegalism: The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011 ; Luis Miguel Poiars Pessoa Maduro, Loic Azoulai (dir.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010 ; Damian Chalmers, Mariana Chaves, « The Reference Points of EU Judicial Politics », *Journal of European Public Policy*, vol. 19, n° 1, 2012, p. 25-42.

26. R. Daniel Kelemen, *Eurolegalism...*, *op. cit.*

des traités). Dans un système fragmenté et compte tenu du seuil requis pour obtenir la majorité au Conseil, les décideurs politiques éprouvent des difficultés à former des majorités permettant de passer outre les décisions jurisprudentielles. De même, la complexité des procédures d'adoption et de ratification des traités contribue indirectement à placer la jurisprudence dans une situation de relatif isolement.

Un autre argument en faveur du poids maintenu de la CJUE consiste à dire que l'activisme de la Cour n'est pas uniforme, qu'il demeure très présent dans certains domaines, tout en étant très faible, voire totalement absent dans d'autres.

L'une des manifestations les plus visibles de l'activisme continu de la Cour se trouverait dans la mise en œuvre des droits individuels, plus spécifiquement des droits économiques, sociaux et politiques. Ce mouvement a débuté dans les années 1970, lorsque la Cour s'est érigée en garante des droits fondamentaux dans l'Union européenne, s'appuyant sur les traditions constitutionnelles des États membres ainsi que sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, pour dégager des « principes généraux du droit communautaire ». Progressivement, la Cour a élargi le bénéfice de droits individuels au domaine social²⁷. Elle a aussi contraint les juridictions nationales à assurer une protection entière et effective des droits individuels établis par l'Union européenne, en modifiant, là où c'est nécessaire, des règles et procédures administratives. Ainsi la Cour a-t-elle écarté ou annulé des règles nationales qui limitaient la possibilité d'un recours juridictionnel contre une discrimination issue d'un acte administratif (C-222/84, *Johnston*, 1986), qui opposaient celles relatives aux délais de recours à un plaignant invoquant une directive non transposée (C-208/90, *Emmott*, 1991, et C-326/96, *Levez*, 1998), qui interdisaient au juge national de prendre des mesures provisoires au bénéfice d'un plaignant invoquant le droit communautaire (C-213-89, *Factortame*, 1990), ou encore qui limitaient la responsabilité de l'État vis-à-vis des dommages découlant de la non-transposition d'une directive (C-9/90, *Francovich*, 1991).

L'élargissement par la Cour de l'exigence de motivation des actes pris par les institutions européennes offre un autre exemple intéressant. La

27. Rachel A. Cichowski, *The European Court and Civil Society...*, *op. cit.*; Gráinne de Búrca (dir.), *Social Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005; Lisa Conant, « Individuals, Courts, and the Development of European Social Rights », *Comparative Political Studies*, vol. 39, n° 1, 2006, p. 76-100.

Cour a tout particulièrement exercé son contrôle sur la Commission, rejetant les actes qu'elle jugeait insuffisamment justifiés. L'exigence de motivation a par ailleurs été élargie au niveau national, la Cour appelant les tribunaux nationaux à évaluer si une mesure administrative imposée aux citoyens était nécessaire et proportionnelle à l'objectif recherché.

On peut se demander quel sera l'effet de la Charte européenne des droits fondamentaux sur la jurisprudence de la CJUE. Lorsqu'en 1999 les États membres ont réuni une convention européenne avec pour objectif de rédiger une charte des droits fondamentaux civiques, sociaux et économiques, l'idée n'était pas d'établir de nouvelles contraintes juridiques mais plutôt d'introduire un ensemble de principes qui devaient être pris en compte par les institutions européennes. La Charte a finalement été incorporée au droit primaire par le traité de Lisbonne en 2009, et elle est donc pourvue de la même portée juridique que le traité sur l'Union européenne et que le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Aujourd'hui, la Cour peut non seulement appliquer les principes généraux du droit de l'Union (PGDUE), issus des traditions constitutionnelles et de la Convention, mais aussi toute une série de droits spécifiques à l'Union européenne et inscrits dans la Charte. En offrant une liste précise de droits et libertés fondamentaux, la Charte pourrait réduire la nécessité du recours aux PGDUE et donc l'activisme de la Cour. À l'inverse, et de manière beaucoup plus probable, elle offrira à la Cour de nouvelles occasions d'accroître son influence dans le domaine des droits fondamentaux, à travers les interprétations (audacieuses ?) qu'elle devra nécessairement livrer.

*

La CJUE, après avoir connu des jours de gloire à travers les études qui, dans les années 1980 et 1990, mettaient en avant son influence et son activisme jurisprudentiel, fait l'objet depuis lors d'analyses de plus en plus sceptiques quant à son rôle expansif dans la gouvernance européenne contemporaine. La Cour serait entrée, depuis les années 2000, dans une période de retenue mettant fin à cette tradition activiste et ne serait plus centrale dans le processus d'intégration. Dans cet article, nous avons montré que ce constat doit être fortement nuancé. La Cour reste un acteur primordial dans les domaines, de plus en plus nombreux, où l'intégration européenne continue à progresser sur la base d'actes législatifs et à travers la contrainte juridique. La défense des droits accordés aux citoyens demeure à cet égard un domaine important d'intervention

jurisprudentielle de la Cour, tendance que la Charte des droits fondamentaux, aujourd'hui contraignante, ne fait que confirmer. L'impression que la Cour s'autolimite est en grande partie liée au fait qu'il n'y a plus aujourd'hui de grands arrêts de principe, comme il y en a eu dans les années 1960 et 1970. Mais les facteurs exogènes, facteurs liés au système de gouvernance dans lequel la Cour prend place et lui offrant une grande liberté, n'ont pas disparu depuis 2000, ce qui explique la persistance d'une certaine audace jurisprudentielle.

R É S U M É

La Cour de justice de l'Union européenne a joué un rôle primordial dans l'intégration européenne. Dans cet article, les auteurs s'interrogent sur l'idée selon laquelle la Cour, après avoir connu des années d'activisme jurisprudentiel, aurait commencé à s'autolimiter depuis le traité de Maastricht de 1992. En replaçant la Cour dans le cadre plus général du système politique de l'Union, on observe que son activisme demeure fort dans certains domaines, en particulier dans celui de la défense des droits fondamentaux.