MARIO BETTATI

Le « law-making power » de la Cour

« Ils sont si habitués à l'impérialisme des juges... qu'il leur paraît tout naturel que le juge se change en législateur. » André Decencière-Ferrandière épingle ainsi à la fois les auteurs de la doctrine qui n'ont de cesse de faire monter vers les magistrats « l'encens de leurs louanges » et les objets de leurs dévotions souvent « en révolte contre l'autorité politique existante ». Ces derniers sont, il est vrai, bien prompts à l'action normative, sous couvert d'interprétation ou d'application d'une prétendue norme existante. Décrit à propos de la Cour permanente de Justice internationale[1], le phénomène, qu'il dérange ou qu'il satisfasse, est commun à toutes les juridictions[2] et ne saurait donc être absent du fonctionnement de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE). Un de ses plus éminents serviteurs, R.-M. Chevallier en fit autrefois l'aveu, affirmant que le droit communautaire bouge « sous l'impact du pouvoir judiciaire » puisque les justiciables peuvent, « en saisissant le juge, participer à l'élaboration du droit »[3]. Un ministre français de la justice en a fait une manière d'éloge : « Le fédérateur c'est le droit. Il existe un vrai pouvoir supranational en Europe : celui des juges.

1. Decencière-Ferrandière, Essai sur la jurisprudence internationale, extrait de *Revue générale de droit international public*, 1934, 32 p. et *Mélanges Decencière-Ferrandière*, Paris, Pedone, 1940, p. 177-252. V. les commentaires de Jean Combacau à propos de cette contribution au débat sur le juge-législateur, Les réactions de la doctrine à la création du droit international public par le juge, in *Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge*, Travaux de l'Association Henri Capitant (*Journées italiennes*, t. 31, 1980), Paris, Economica, 1982, p. 392 à 404.

2. V. Marcel Waline, La technique et les principes du droit public, *Etudes en l'honneur de G. Scelle*, 1950, p. 163.

3. Roger-Michel Chevallier, Le juge et la liberté de circulation des personnes et des services, *Droit - Economie*, n° 32, 1979, p. 18.

Le droit apparaît comme un moteur de l'Europe. »[4] On est loin du temps où Michel Debré dénonçait « les prétentions inouïes de la Cour de justice européenne »[5].

L'évaluation de son pouvoir normatif doit évidemment prendre pour référence l'étendue des fonctions initialement assignées à la juridiction européenne par les fondateurs des Communautés[6]. Selon eux, la Cour a pour mission d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du (des) traité(s)[7]. A cette fin elle exerce, on le sait, trois types de compétences d'attribution. D'abord des *compétences contentieuses*. Elles comprennent notamment : le recours en annulation des actes adoptés par les organes communautaires (il permet un contrôle de légalité) ; le recours en manquement d'Etats qui vise à sanctionner la transgression par ces derniers des règles communautaires ; le recours en carence des institutions qui sanctionne leur inaction ou leur abstention de prendre une décision prévue par le traité ou dont le besoin se fait sentir. Ensuite des *compétences préjudicielles*. Ouvert aux juridictions nationales le recours préjudiciel assure à la CJCE le monopole de l'interprétation du droit communautaire en vue de son application uniforme dans les Etats membres. Enfin des *compétences consultatives*. En dépit de leur dénomination, elles s'exercent par voie de décision obligatoire destinée notamment à vérifier la compatibilité d'un accord envisagé entre la Communauté et des tiers, avec les traités CEE ou Euratom.

Aucune de ces compétences n'implique, en principe, l'exercice d'un pouvoir normatif[8]. Le processus existe néanmoins et il convient d'en déterminer l'ampleur. Le juge Pescatore reconnaît que « le rôle du facteur judiciaire dans la formation de l'acquis doit être vu comme une contribution à un processus complexe et cumulatif,

4. Albin Chalandon, Le droit moteur de l'Europe, *Revue administrative*, septembre-octobre 1986, p. 427.

5. *Le Monde* du 11 janvier 1979.

6. Par commodité on se référera au traité CEE. On sait de surcroît que, depuis l'origine, la Cour est un organe commun aux trois communautés : CECA, CEE et CEEA (Euratom).

7. Traité CECA, art. 31 ; CEE, art. 164 ; Traité Euratom, art. 136.

8. Sauf peut-être, sous un de ses aspects particuliers, la compétence préjudicielle en ce qu'elle peut déboucher sur une autorité absolue de la chose interprétée, applicable à des questions identiques ultérieurement posées, v. les observations de Jean Boulouis, *in* A propos de la fonction normative de la jurisprudence, remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés européennes, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, le juge et le droit public*, t. 1, Paris, LGDJ, 1974, p. 157-158 ; et le recours en carence, qui permettrait à la Cour de jouer le rôle d'aiguillon législatif sur un Conseil asthénique, mais qui n'a pas réellement été utilisé dans ce sens.

où la jurisprudence agit à la fois comme une garantie de ce qui existe et comme catalyseur de développements nouveaux »[9]. On constate alors que si l'expression « gouvernement des juges » est sans doute excessive — bien que certains l'aient employée à l'endroit de la Cour de Luxembourg[10] —, celle-ci exerce néanmoins un « *law-making power* » *modulé* qui arrête, corrige ou rectifie les excès (y compris les excès de timidité) du pouvoir communautaire. On doit ensuite s'interroger sur le devenir de cette fonction, à la lumière de l'Acte unique dont on peut se demander s'il ne dissimule pas, dans ses contradictions, la volonté d'assurer un « *law-making power* » *limité*.

UN « LAW-MAKING POWER » MODULÉ

Le législateur communautaire principal est souvent empêché d'agir par l'impossibilité de concilier des intérêts nationaux contradictoires. Le droit communautaire comporte donc, à un moindre titre que le droit international mais davantage que le droit interne, de nombreuses lacunes. La Cour, utilisant la méthode téléologique, contribue au développement du droit à la fois par une interprétation élargissante des dispositions fondamentales du traité et par la création d'un ordre juridique nouveau. La qualification de ce rôle peut s'effectuer selon trois gradations techniques et politiques.

• *La Cour législateur d'appoint ?*

Lorsque, à l'occasion de l'exercice des diverses compétences indiquées précédemment, la Cour se fonde sur une source de droit existante et qu'elle en déploie, en conforte ou en renforce le contenu, elle agit comme « un législateur d'appoint et ce sont les auteurs des traités qui l'ont voulu »[11]. Dans le système juridique communautaire, la source primaire du droit est le traité. Celui-ci n'est qu'un cadre ouvert à la fois aux constructions normatives institutionnelles du couple Conseil-Commission et au pouvoir créateur du juge appelé à éclaircir le contenu des « notions juridiques non précisées »[12].

9. Pierre Pescatore, Aspects judiciaires de l' « acquis communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen (RTDE)*, 1981, p. 617-651.

10. Jean-Pierre Colin, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1966.

11. V. Chevallier, *op. cit.*

12. V. Jean Boulouis, *op. cit.*, p. 149 et s.

Dans ce rôle a-t-il par ses audaces, dépassé l'exercice rigoureux de la fonction juridictionnelle ? On constate que son *law-making power* s'est généralement exercé en vue d'étendre ou de consolider le Marché commun au risque de heurter certains Etats ou le Conseil.

Ainsi des quatre libertés de circulation (des marchandises, des personnes, des services et des capitaux) les auteurs des traités visaient surtout la première, les autres n'étant que ses corollaires, prévus dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du Marché commun. Or le juge a non seulement donné une interprétation large à la notion de libre circulation des marchandises, mais il a également déployé les trois autres. Ainsi, il n'a pas tenu compte de l'intention présumée des rédacteurs du traité et a affirmé l'applicabilité des règlements communautaires aux travailleurs ressortissants d'un Etat membre mais ayant accompli leur carrière dans un territoire d'outre-mer relevant d'un autre Etat membre[13]. La Cour a également donné une interprétation large de plusieurs notions. D'abord de la notion de « taxe d'effet équivalent à un droit de douane » appliquée même lorsqu'elles ne sont pas discriminatoires comme le célèbre droit de statistique perçu par l'Italie ou le droit belge perçu par le fonds social des ouvriers diamantaires[14]. Ensuite la notion de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative[15] que la Cour a toujours entendu dans un esprit libératoire. Ainsi, le prix minimum des carburants fixé par un arrêté ministériel français de 1982 a été considéré comme illicite en ce qu'il défavorisait les produits importés[16]. Dans le même sens, la notion de « travailleurs »[17], et celle des bénéficiaires du droit d'entrée et de séjour a été étendue par la Cour jusqu'à l'épouse du travailleur migrant ne résidant plus sous le même toit que celui-ci pour cause de mésentente[18]... La Cour a aussi élargi la notion de « similarité » servant de base à

13. Arrêt du 31 mars 1977, aff. 87/76, Bozzone/Office de Sécurité sociale d'outre-mer, *Rec.*, p. 687 (concl. Capotorti, p. 699).

14. Arrêt du 1er juillet 1969, aff. jointes 2 et 3/69, Sociaal fonds voor de diamant-arbeiders, *Rec.*, p. 211 et jurisprudence subséquente.

15. Arrêt du 11 juillet 1974, aff. 8/74, Dassonville, *Rec.*, p. 837 ; Arrêt du 26 février 1976, aff. 65/75, Tasca, *Rec.*, p. 291 ; Arrêt du 20 février 1979, aff. 120/78, Rewe-Zentral / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (dite du « Cassis de Dijon »), *Rec.*, p. 649 (concl. Capotorti, p. 666) et la jurisprudence subséquente.

16. Arrêt du 29 janvier 1985, aff. 231/83, Henri Cullet et CSNRA / Centres Leclerc, RTDE, 1985, p. 2 ; v. également l'affaire du prix du livre arrêt du 10 janvier 1985, aff. 229/83, Association des Centres Distributeurs Leclerc / Thouars, *RTDE*, 1985, p. 174.

17. Arrêt du 19 mars 1964, aff. 75/63, Unger, *Rec.*, p. 349 ; Arrêt du 23 mars 1982, Levin / Secrétaire d'Etat à la Justice, aff. 53/81, *Rec.*, p. 1049 et la jurisprudence subséquente.

18. Arrêt du 13 février 1985, aff. 267/83, Diatta / Land de Berlin.

l'interdiction des impositions intérieures qui frapperaient de façon supérieure un produit importé de la Communauté par rapport à un produit national « similaire » ; considérant le whisky et le pastis comme produits similaires dès lors qu'ils sont consommés dans les mêmes conditions[19]... Elle a de la même façon réduit l'usage des mesures de sauvegarde prévues par le traité, même en vue de protéger la moralité publique, et toujours au nom de la liberté de circulation, pour l'importation de produits pornographiques (poupées gonflables...) dès lors que des marchandises similaires sont librement fabriquées sur le territoire du pays qui prétend interdire l'importation...[20].

Plus particulièrement lorsque la France a maintenu son régime de soutien aux producteurs de viande ovine après la période de transition, la Cour a fait prévaloir le principe de libre circulation des produits énoncé dans sa jurisprudence *Charmasson*[21]. De la même façon, c'est par une interprétation téléologique et/ou un appel au système du traité que la Cour a — rejetant le point de vue exprimé par le Conseil — développé les compétences de la Communauté dans le domaine des relations extérieures. Dans son célèbre arrêt AETR elle affirme que les Etats membres ne peuvent conclure un accord international qui affecte des règles communes instaurées par la Communauté et que la conclusion d'un tel accord relève de la seule compétence de la Communauté[22]. Elle va encore plus loin, dans l'arrêt Kramer et dans l'avis 1/76 en estimant que la Communauté est investie de cette compétence, « même en l'absence de dispositions expresses à cet égard »[23]. Cette jurisprudence a permis la conclusion d'un grand nombre d'accords, notamment

19. Arrêt du 27 février 1980, aff. 168/78, Commission / France (affaire dite des eaux de vie), *Rec.*, p. 347 s.

20. V. J. Biancarelli, Regard sur la Cour de justice 30 ans après : présence, adaptation, continuité, *Revue du Marché commun*, n° 309, p. 451 et s. ; P. Pescatore, La carence du législateur communautaire et le devoir du juge, *Mélanges Constantinesco*, 1982 ; M. Mortelmans, Les lacunes provisoires en droit communautaire, *Cahiers de droit européen*, 1982, p. 410 s.

21. Arrêt du 25 septembre 1979, aff. 232/78, Commission / République française, *Rec.*, p. 2729, appliquant le principe de l'arrêt du 10 décembre 1974, aff. 48/74 ; Charmasson / Ministre de l'économie et des finances, *Rec.*, p. 1383 (concl. Warner).

22. Arrêt du 31 mars 1971, aff. 22/70, Commission des Communautés européennes / Conseil des Communautés européennes, *Rec.*, 1971, p. 263 (concl. A. Dutheilet de Lamothe).

23. Arrêt du 14 juillet 1976, aff. 3, 4 et 6/76, Kramer, *Rec.*, p. 1279 et avis du 26 avril 1977 (Avis 1/76), Projet d'accord relatif à l'institution d'un fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, *Rec.*, p. 741. La compétence virtuelle ainsi reconnue n'est toutefois pas exclusive et, à la différence de celle établie par l'arrêt AETR, elle s'exerce concurremment avec celle des Etats membres.

les accords de pêche[24]. Or, la Cour statue dans les deux dernières affaires en l'absence de législation dérivée. Elle y dépasse donc son rôle de simple législateur d'appoint pour exercer celui de législateur de substitution.

• *La Cour législateur de substitution ?*

La CJCE joue également un rôle destiné à suppléer le législateur communautaire. Elle exerce alors un pouvoir normatif soit pour contourner l'attentisme dans lequel ce dernier lui semble parfois assoupi, soit en s'arrogeant — par le jeu des méthodes qu'elle utilise — le droit de pousser l'interprétation du droit communautaire jusqu'à anticiper sur des décisions que le Conseil n'a pas encore adoptées.

Ainsi, à propos de la caducité du chapitre VI du traité CEEA, la France estimait qu'une lacune se trouvait ouverte dans le droit communautaire du fait que le Conseil n'avait pas, dans le délai imparti de sept ans, confirmé les dispositions de ce chapitre ou adopté des dispositions nouvelles comme le prévoyait l'article 76 du traité. La Cour, se substituant au Conseil manifestement défaillant, a considéré que la caducité ne se présumait pas en se fondant sur le risque de « rupture de continuité » qui existait, dans un domaine où le traité a prévu la poursuite d'une politique commune[25].

Dans sa célèbre délibération 1/78 du 14 novembre 1978, la Cour, passant outre la position du Conseil qui s'opposait à la participation de la Communauté à la convention sur la protection physique des matières et installations nucléaires, a affirmé que la Convention de Vienne devait être conclue conjointement par les Etats et la Communauté[26]. Ce comportement de la Cour suscita, on le rappellera dans un instant, de vives réactions, notamment dans la classe politique française.

De la même façon, la doctrine a longtemps considéré que les *directives* étaient, par nature, d'application indirecte, médiatisée. Cette conception se déduisait d'une interprétation exégétique de l'article 189 du traité. C'est encore la Cour qui, se substituant au législateur primaire, affirma d'abord que... « si en vertu de l'article 189,

24. V. les observations de Brigitte Laloux, *op. cit.*, p. 443-444.

25. Arrêt du 14 décembre 1971 : Commission / République française, aff. 7/71, *Rec.*, p. 1003 (concl. Romer).

26. La Communauté dispose d'une compétence exclusive en matière d'approvisionnement nucléaire, à l'intérieur comme dans les rapports externes..., Délibération 1/78 du 14 novembre 1978, *Rec.*, p. 2151.

les règlements sont directement applicables... il n'en résulte pas que d'autres catégories d'actes visés par cet article ne peuvent jamais produire d'effets analogues »[27] et ensuite qu'il serait incompatible avec l'effet contraignant que l'article 189 reconnaît à la directive d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par des personnes concernées.

La Cour de Luxembourg légifère parfois par simple transposition de normes propres à un autre système juridique. Cette technique domine toute sa construction jurisprudentielle des « droits fondamentaux » (droits de l'homme). « Sous peine de commettre un déni de justice », la Cour s'est ainsi déclarée obligée, lorsqu'elle se trouvait face à un problème pour la solution duquel le traité ne contient pas de règles, de le résoudre « en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des Etats membres »[28]. Or ni le préambule du traité CEE, ni les « principes » qui forment sa première partie (art. 1 à 8) ne mentionnent les droits de l'homme. C'est donc finalement la Cour qui, par une jurisprudence systématique depuis 1969 a souligné que « les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit dont elle assure le respect »[29].

La dynamique jurisprudentielle de la Cour est enfin et surtout,

27. Arrêt du 1er février 1977, aff. 51/76, Nederlandse Ondernemingen / Inspecteur de Invoerrechten en Accijnzen, *Rec.*, p. 113, 127 (concl. Mayras, p. 130) ; Arrêt du 23 novembre 1977, aff. 38/77, Enka / Inspecteur..., *Rec.*, p. 2203, 221 (concl. Warner, p. 2217) ; Arrêt du 29 novembre 1978, aff. 21/78, Delkvist / Anklagemyndigheden, *Rec.*, p. 2327, 2340 (concl. Mayras, p. 2342) ; Arrêt du 5 avril 1979, aff. 148/78, Ministère public / Ratti, *Rec.*, p. 1629, 1641 (concl. Reischl, p. 1647) ; Arrêt du 19 janvier 1982, aff. 8/81, Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt, *Rec.*, p. 53 (concl. Slynn) ; Arrêt du 1er mars 1983, aff. 301/81, Commission / Belgique, *Rec.*, p. 467, 478 (concl. Rozès, p. 458)...

28. Arrêt du 12 novembre 1969, aff. 29/69, Stauder / Ulm, *Rec.*, p. 419 ; Arrêt du 15 juin 1978, aff. 159/77, Defrenne / Sabena, *Rec.*, p. 1365, 1379 (concl. Capotorti, p. 1381) ; Arrêt du 12 octobre 1978, aff. 10/78, Belbouab / Bundesknappschaft, *Rec.*, p. 1915, 1925 (concl. Capotorti, p. 126) ; Arrêt du 13 décembre 1979, aff. 44/79, Liselotte Hauer / Land Rheinland-Pfalz, *Rec.*, p. 3727, 3744 (concl. Capotorti, p. 3752) ; Arrêt du 19 juin 1980, aff. jointes 41, 121 et 796/79, Testa / Bundesanstalt für Arbeit, *Rec.*, p. 1979, 1996 (concl. Reischl, p. 1999) ; Arrêt du 26 juin 1980, aff. 136/79, National Panassonic / Commission, *Rec.*, p. 2033, 2057 (concl. Warner, p. 2061) ; Arrêt du 11 juin 1985, aff. jointes 60 et 61/84, Cinéthèque / Fédération nationale des Cinémas français, *Rec.*, p. 2605 (concl. Slynn, p. 2606).

29. Arrêt du 13 décembre 1979, aff. 44/79, Liselotte Hauer / Land Rheinland-Pfalz, *Rec.*, p. 3744, concl. Capotorti. Dans le même sens, Arrêt du 15 juin 1978. aff. 149/77, Defrenne / Sabena, *Rec.*, p. 1365, 1379, concl. Capotorti, p. 1381, et une jurisprudence abondante dont les principaux arrêts sont indiqués dans le *Répertoire de jurisprudence de droit communautaire*, Série A-1.2.1.0. V. également les observations de Brigitte Laloux, En lisant le traité de 1957 : comment son application a suscité des développements qu'il n'avait pas prévus, *Revue du Marché commun*, n° 309, août-septembre 1987, p. 442 et s.

à l'origine de la création d'un ordre juridique nouveau, distinct de celui des Etats membres, « au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants »[30]. Or, le principe de primauté du droit communautaire, combiné avec celui d'applicabilité directe a pour conséquence, non seulement de rendre inapplicable de plein droit toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore « ... d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires »[31].

• *La Cour législateur « mégalomane » ?*

Les réactions politiques à certaines des positions de la Cour que l'on vient d'exposer ont été parfois assez vives. Elles ont été plus particulièrement le fait de personnalités politiques réputées pour leur attachement à une conception intégriste de la souveraineté qui implique une prédominance de la fonction normative du Conseil statuant à l'unanimité.

Ainsi, l'octroi d'un effet direct aux directives a-t-il été perçu comme une atteinte à l'équilibre organique. Déjà, en 1965, la France avait critiqué officiellement, dans un aide-mémoire de Maurice Couve de Murville, le caractère trop impératif des directives[32]. Plus tard, Jean Foyer y vit une « usurpation du pouvoir législatif » des Etats membres[33]. Plus sensible encore, le secteur nucléaire, visé par la délibération 1/78 suscita une proposition de loi, déposée le 17 février 1979 par M. Debré et J. Foyer selon laquelle devait être « ... expressément constatée la nullité au regard de la République française pour cause de fraude et d'excès de pouvoir, de l'acte dit : Délibération de la Cour... »[34]. Dans les divers commentaires qu'il en fit dans la presse, M. Debré affirmait alors qu'il fallait « ... rogner les ongles de cette Cour mégalomane... »[35]. Le Gouver-

30. Arrêt du 5 février 1963, aff. 26/62, Van Gend en Loos, *Rec.*, p. 1 : et arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6/64, Costa / ENEL, *Rec.*, p. 1141.

31. Arrêt du 9 mars 1978, aff. 106/77, Simmenthal, *Rec.*, 1978, p. 629, 634-644 (concl. Reischl, p. 646).

32. Aide mémoire des 17-18 janvier 1965.

33. Jean Foyer, Le contrôle des parlements nationaux sur la fonction normative des institutions communautaires, *Revue du Marché commun*, 1979, p. 161.

34. « Proposition de loi portant rétablissement de la souveraineté de la République en matière d'énergie nucléaire », Assemblée nationale, n° 917. Ce texte fut rejeté par 243 voix contre 226.

35. *Le Monde*, 11 janvier 1979 ; *Enerpresse*, n° 2280 du 13 mars 1979.

nement de l'époque refusa l'inscription de ce texte à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale mais un débat eut néanmoins lieu, ultérieurement[36] et la loi du 25 juillet 1980 en a tenu compte en soumettant à l'autorisation du Gouvernement l'importation et l'exportation des matières nucléaires. M. Debré est revenu à la charge en 1988, notamment sur l'arrêt qui oblige les caisses d'allocations familiales à verser les prestations familiales françaises aux ouvriers étrangers en France, arrêt qui, selon lui, « ... interdirait toute politique familiale française et nous contraindrait à financer la natalité des autres pays »[37]. Il a demandé à cette occasion la révision de l'Acte unique afin de défendre la souveraineté française. Or, précisément, celle-ci paraît peut-être moins menacée par ce dernier qu'on a pu le prétendre en ce que le *law-making power* de la Cour est finalement, à plusieurs égards, modéré.

UN « LAW-MAKING POWER » MODÉRÉ

Si l'existence d'une fonction normative de la Cour n'est contestée par aucun des observateurs, l'existence de limitations à cette fonction est plus diversement analysée. Les uns — au demeurant assez peu nombreux — interrogent la rédaction de l'Acte unique qui pourrait comporter implicitement ou explicitement une réduction de ce pouvoir. Les autres, limitant leur analyse à la portée de la jurisprudence antérieure, croient y déceler la manifestation d'un *law-making power* autolimité par les juges eux-mêmes. Enfin les Cours suprêmes de certains Etats qui ont semblé vouloir également réduire la portée de l'action normative des juges de Luxembourg sont peut-être sur le point de changer de jurisprudence...

• *Un pouvoir modéré par les Etats membres ?*

Quelques commentateurs laissent en effet sous-entendre que l'Acte unique pourrait avoir pour effet — sinon pour objet — d'arrêter ou de modérer l'expansion de la construction communautaire par la voie jurisprudentielle. Pour le juge Pescatore, l'examen critique de l'acte montre que ... « le public européen, y compris le public juridique, a été victime d'une vaste opération de désinforma-

36. *Journal officiel*, Assemblée nationale, Débats, séance du 26 avril 1979, p. 3140.
37. *Le Monde* du 12 octobre 1988.

tion politique... »[38]. Pour comprendre ses propos, il faut distinguer deux catégories d'effets de l'AUE sur la Cour et sa jurisprudence. Les premiers *spécifiques*, directs et explicites sont engendrés par ses articles 4 et 5, 11 et 12, 26 et 27. Ils ont pour objet d'habiliter le Conseil à adjoindre à la Cour une juridiction de première instance et visent à simplifier la procédure de révision du Titre III du Statut de la Cour. Ils ne concernent pas notre sujet. Les seconds *indirects*, induits et implicites émergent des dispositions matérielles, ils ont engendré un profond débat au lendemain même de sa signature[39].

Issus des nouveaux artieles 8 A et 100 A du traité CEE ils sont au cœur de la critique et visent selon le juge Pescatore à « annuler l'acquis jurisprudentiel sur plusieurs points sensibles »[40]. Au moins trois secteurs couverts par le *law-making power* de la CJCE semblent remis en cause par l'AUE.

D'abord l'article 8 A fixe la réalisation d'un marché intérieur « sans frontières » pour le 31 décembre 1992. Or le traité CEE avait déjà prévu la réalisation du « Marché commun » pour le 1er janvier 1970. Quelle serait donc la signification de la nouvelle disposition, sinon d'ouvrir une nouvelle période de transition qui, à la différence de la précédente « ne crée pas d'effets juridiques automatiques »[41]. On peut se demander si les Etats membres ne se sont pas de la sorte prémunis contre la jurisprudence *Charmasson* selon laquelle, aux termes de la période de transition, des organisations nationales de marché ne peuvent plus faire obstacle au plein effet des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises[42]. La protection des droits des particuliers en cas d'inexécution des obligations des Etats membres relatives à la liberté d'établissement dans les délais fixés, qui résulte de la jurisprudence *Reyners* se trouve également compromise. La Cour y avait dit que depuis la fin de la période de transition, l'article 52 CEE organisant

38. Pescatore, Observations critiques sur l' « acte unique européen », *in* Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles, *L'acte unique européen*, journée d'études, Bruxelles, 1er mars 1986, p. 39 à 65 ; Some critical remarks on the Single European Act, in *Common Market Law Review*, 1987, p. 9 et s. Critiques commentées, *in* Centre d'Etudes internationales et européennes, *L'acte unique européen*, table ronde, Strasbourg, 14 mars 1986, Université des Sciences juridiques de Strasbourg, 118 p. V. également Antonio Tizzano, La Cour de justice et l'Acte unique européen, in *Du droit international au droit de l'intégration — Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 691-727.

39. V. Pierre Pescatore, *op. cit.*, Bruxelles, p. 39.

40. Pescatore, *op. cit.*, p. 45.

41. Déclaration relative à l'article 8A du traité CEE, annexée à l'Acte unique.

42. Notamment des articles 12, 30, 38 et 40 CEE, v. Arrêt du 10 décembre 1974, aff. 48/74, Charmasson / Ministre de l'économie et des finances, *Rec.*, p. 1383 (concl. Warner).

la liberté d'établissement, était directement applicable malgré l'absence des directives prévues[43].

Ensuite, la réalisation de la libre circulation des marchandises paraît, aux termes de l'article 100 A, § 1, et du renvoi qu'il contient à l'article 8 A, subordonnée à l'harmonisation préalable des législations nationales ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Or précisément, la Cour avait refusé ce point de vue affirmant que « les divergences qui subsistent à défaut d'harmonisation des règles nationales... ne sauraient être érigées en obstacle à la libre circulation de marchandises dans le Marché commun »[44].

Enfin les Etats membres réaffirment dans l'article 100 A, § 3 et 4, leur droit d'instituer unilatéralement des interdictions ou restrictions d'importation ou d'exportation pour les motifs énoncés à l'article 36 CEE, en élargissant le catalogue qui y figure (ordre public, sécurité publique, santé publique) à quatre nouveaux domaines de protection : l'environnement, le milieu du travail, les consommateurs, et la sécurité. On remarque qu'il ne s'agit pas ici de la sécurité « publique » — déjà mentionnée à l'article 36 — mais de la « sécurité » tout court, ce qui élargit la portée du concept, par exemple à des notions comme celle de sécurité économique, de sécurité des approvisionnements, de normes de sécurité technique..., dont les vertus protectionnistes sont bien connues. On remarque également que la « protection du milieu du travail » qui figure au § 4 peut parfaitement fonder des restrictions aux échanges destinées à protéger un secteur de production nationale affecté par la crise de l'emploi. Or, précisément, la Cour a, dans une jurisprudence constante, et sur les objets les plus variés, donné une interprétation restrictive des exceptions au principe de libre circulation figurant à l'article 36[45].

Il convient toutefois de ne pas exagérer ce qui paraît être la portée négative de l'AUE. Il faut tenir compte du fait que les arti-

43. Arrêt du 21 juin 1974, aff. 2/74, Jean Reyners / Etat belge, *Rec.*, p. 631.

44. Arrêt du 20 janvier 1981 ; aff. jointes 55/80 et 57/80, Musik-Vertrieb Membran GMGHK-Tel International GEMA, *Rec.*, p. 147, concl. Warner, p. 167.

45. Arrêt du 19 décembre 1968, aff. 13/68, Sté Salgoil / Ministère du commerce extérieur de la République italienne, *Rec.*, p. 661 ; Arrêt du 15 décembre 1976, aff. 35/76, Simmenthal, *Rec.*, p. 1871 ; janvier 1977, aff. 46/76, Bauhuis / Pays-Bas, *Rec.*, p. 5 (concl. Reischl). On sait que la Cour a cependant accepté d'étendre l'application de l'article 36, sous réserve que soit respecté le principe de proportionnalité, arrêt du 11 juillet 1985, aff. 60 et 61/84, Société cinéthèque. Mais dans son arrêt Souvenir d'Irlande, elle avait eu soin de préciser « les exceptions qu'il énumère (art. 36) ne peuvent être étendues à des cas autres que ceux limitativement prévus », arrêt du 17 juin 1981, aff. 113/80, Commission/Irlande, *Rec.*, p. 1638.

cles 8 A et 100 A précisent qu'ils s'appliquent « sans préjudice des autres dispositions » du traité CEE, par conséquent des articles 30 et 36 et, du même coup, de la jurisprudence interprétative qu'ils ont suscitée. D'autre part si les Etats sont effectivement autorisés à prendre des mesures unilatérales de protection, même après l'adoption de mesures communautaires d'harmonisation, cette faculté ne s'exercera que selon les procédures de contrôle et selon l'interprétation restrictive que la Cour a toujours donné des dérogations aux libertés de circulation. Enfin, si ces « reculs » sont les prix consentis pour permettre aux Etats d'accepter les innovations non négligeables relatives notamment à la multiplication des cas de passage du vote à l'unanimité au vote majoritaire, ils hypothèquent peut-être moins l'évaluation d'ensemble de l'AUE. D'autant que, finalement, c'est peut-être aussi à la Cour elle-même que revient le rôle principal de limitation de son *law-making power.*

• *Un pouvoir autolimité par la Cour ?*

La Cour aurait pu aller plus loin encore dans sa politique législative. Or elle se dénie à elle-même toute compétence de cette nature, ce qui explique sa nécessaire prudence et, du même coup, le caractère excessif des accusations dont elle a parfois été l'objet. Evoquant d'ailleurs l'absence regrettée d'un acte communautaire, son président affirmait, lors de l'audience solennelle du 24 janvier 1985 : « ... je le répète, la Cour n'est pas un législateur et elle se tourne vers vous, Messieurs, qui avez le droit d'initiative en matière de législation communautaire, pour que soient adoptées les dispositions exigées par des circonstances de plus en plus évolutives... » Après tout, il est vrai, son œuvre normative si elle s'est développée en profondeur, est demeurée circonscrite en surface, ne serait-ce qu'en raison de la naturelle retenue des juges. Lorsqu'on observe l'action unificatrice de la CJCE, notamment dans l'exercice de ses compétences préjudicielles, on constate à la fois la modération et l'efficacité avec laquelle elle use de son *law-making power.* R.-M. Chevallier n'estimait-il pas se trouver... « devant un juge qui participe, humblement et à sa place, à la fonction législative... »[46] ?

Ainsi, l'effet direct des directives inventé (au sens de découvert) par la Cour aurait pu être généralisé. Si elle s'en est abstenue, c'est sans doute par crainte de se retrouver dans une situation d'isolement à l'égard des Etats membres. Elle a finalement admis cet

46. R.-M. Chevallier, *op. cit.*, p. 16.

effet direct à titre exceptionnel, et de façon limitée, réduit au droit pour les particuliers d'invoquer celles-ci à l'encontre de « l'Etat membre qui n'a pas pris, dans les délais, les mesures d'exécution imposées par la directive (et qui) ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement, par lui-même, des obligations qu'elle comporte »[47]. De la même façon, le recours en carence destiné à sanctionner les inactions des organes contraires au droit communautaire n'a pas été utilisé par la Cour, qui y aurait pourtant trouvé un solide justificatif juridique, pour déployer un véritable pouvoir législatif. La Cour a bien exercé son *law-making power* pour reconnaître la « légitimation active » du Parlement européen, c'est-à-dire le droit pour celui-ci d'intenter ce type de recours[48], alors que la doctrine n'y était pas unanimement favorable[49]. Mais d'une part elle l'a fermé aux personnes physiques ou morales en considérant comme irrecevable leur recours en carence dès lors que le seul instrument juridique permettant de leur donner satisfaction aurait été un règlement[50]. Et d'autre part, tout en admettant la « légitimation active » du Parlement européen, elle a posé des conditions — quant à l'individualisation des actes dont l'abstention serait considérée comme illégale — qui limitent l'exercice et la portée du droit ainsi reconnu[51].

• *Un pouvoir modéré par les juges nationaux ?*

Les audaces de la Cour sur le plan « législatif » n'ont de force et d'efficacité que dans la mesure où, revêtues de l'autorité de la chose jugée (ou interprétée), elles sont prises en compte par les juridictions nationales. Or cette autorité a été au moins implicitement rejetée, notamment par certaines juridictions suprêmes. Ainsi, dans l'affaire *Cohn-Bendit* le commissaire du Gouvernement avait longuement invité le Conseil d'Etat français à s'appuyer sur la jurisprudence de la CJCE qui avait admis l'effet direct des directives[52], mais ce dernier n'en a pas tenu compte et s'est limité à

47. Arrêt du 5 avril 1979, aff. 148/78, Ministère public / Ratti, *Rec.*, p. 1629 (concl. Reischl, p. 1647).

48. Arrêt du 22 mai 1985, aff. 13/83, Parlement/Conseil, *Rec.*, p. 1513 (concl. Lenz, p. 1515).

49. V. G. Vandersanden et A. Barav, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 238-239, spécialement aux notes 70 à 80.

50. Arrêt du 28 mars 1979, aff. 90/78, Granaria / Conseil et commission, *Rec.*, p. 1081 (concl. Capotorti, p. 1094).

51. V. les observations de Jean-Paul Jacqué à la *RTDE*, 1985, p. 761-766.

52. V. conclusions de M. Genevois, *RTDE*, 1979, p. 157 et s. note Dubouis, p. 169 à 180.

l'application littérale de l'article 189 du traité CEE au terme de laquelle la directive ne peut en aucun eas produire d'effet direct. En revanche, on a pu noter que la Cour constitutionnelle allemande, abandonnant la position analogue à celle du Conseil d'Etat préalablement adoptée, avait, dans son ordonnance *Bundesfinazhol*[53], déclaré que la Loi fondamentale ne faisait pas obstacle au développement prétorien du droit communautaire opéré par la Cour de justice, affirmant que dans certaines circonstances, la possibilité pour un justiciable d'invoquer une direetive devant le juge interne ne constituait pas un dépassement de la compétence communautaire. L'abandon partiel de sa conception dualiste par la Cour constitutionnelle italienne dans son arrêt Granital[54] semble également la rapprocher des principes dégagés par la CJCE dans l'arrêt Simmenthal. On peut donc se demander si finalement les limitations au *law-making power* du juge communautaire ne seraient pas progressivement réduites par les juridictions nationales et si ce dernier n'est pas désormais moins bridé qu'on n'aurait pu le croire par un Acte unique au demeurant assez ambigu et surestimé.

53. 16 juillet 1981, *RTDE*, 1981, p. 779 s.
54. 8 juin 1984, *RTDE*, 1985, p. 414, v. également Marco Darmon, Juridictions constitutionnelles et droit communautaire, *ibid.*, 1988, p. 217 et s.

RÉSUMÉ. — *La Cour de justice des Communautés européennes exerce un pouvoir législatif lorsqu'elle comble les lacunes du droit communautaire existant ou se substitue au Conseil dont l'inaction retarde l'application du traité ou l'élaboration du droit dérivé. L'Acte unique européen semble pouvoir limiter à l'avenir cette fonction créatrice de la jurisprudence dont la Cour n'a pas abusé.*

Mario BETTATI. — **The « law-making power » of the European Court.**

The Court of Justice of the European Community practise a law-making power when it fills the blanks and the deficiencies of the European law or when it substitute itself for the Council whose inactivity make late the enforcement of the treaty or the elaboration of the derivate-law. The Single European Act seems to be able to limit this function of the case law of which the Court did not abuse.