

**« LA COUR DE JUSTICE
DE L'UNION EUROPEENNE »**

Sommaire

Accueil par M. Alain Dejammet, Ambassadeur de France, Président du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica	7
<i>« Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne »</i> par M. Hubert Legal, Jurisconsulte, directeur général du service juridique du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne, ancien juge au tribunal de l'Union européenne, Conseiller d'État	9
<i>« La France devant la Cour de justice de l'Union européenne »</i> par M. Géraud Sajust de Bergues, Directeur adjoint des Affaires juridiques du Ministère des Affaires étrangères.....	17
<i>« L'encadrement du pouvoir régulateur des États membres par le droit de l'Union : jusqu'où va la Cour de justice de l'Union européenne ? »</i> par M. Stéphane Gervasoni, Conseiller d'État	28
<i>« Souveraineté populaire et juges européens »</i> par M. Jean-Eric Schoettl, Conseiller d'Etat	38
Débat final et conclusion de Jean-Pierre Chevènement	55

Il y a trois semaines, la Fondation Res Publica organisait un débat, « *Occident et mondialisation* »¹, destiné à susciter la réflexion. Le sujet qui nous rassemble aujourd'hui, « *La Cour de justice de l'Union européenne* », nous amènera, non seulement à réfléchir, mais à apprendre.

En effet, la question de la Cour de justice de l'Union européenne et de sa jurisprudence est un sujet délicat, compliqué, qui soulève différentes interrogations : la primauté du droit de l'Union européenne sur les autres droits, les recours préjudiciels devant la Cour de justice, les relations avec la Cour de Strasbourg lorsqu'on évoque les droits fondamentaux, autant de questions extrêmement délicates sur lesquelles nous avons beaucoup à apprendre.

Pour enrichir cette réflexion et pour nourrir cette pédagogie, nous avons fait appel aux personnalités les plus compétentes qui, malgré le poids de leurs tâches et obligations, ont accepté de passer ces moments avec nous. Il faut les en remercier très sincèrement.

Je précise que tous les intervenants malgré leurs positions extrêmement importantes, malgré les responsabilités qui sont les leurs (ils parlent souvent au nom d'une institution, au nom de la France), s'exprimeront ici en leur nom personnel.

Hubert Legal est le juriste du Conseil européen. Directeur des services juridiques du Conseil de l'Union européenne, Conseiller d'État, il a été référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne. Succédant à plusieurs Français, il est maintenant à la tête de l'important service juridique du Conseil de l'Union européenne. Au risque de hérisser le poil de certains d'entre vous, je suis en train de brosser le portrait du parfait eurocrate ! Aussi me hâte-je d'ajouter qu'Hubert Legal fut aussi un diplomate français très attaché à la

¹ « *Occident et mondialisation* », colloque organisé par la Fondation Res Publica le lundi 21 janvier 2013, avec Régis Debray, écrivain, philosophe, fondateur et directeur de la revue « *Médium* » et Pierre Brochand, Ambassadeur de France, Directeur Général de la DGSE de 2002 à 2008. Rencontre présidée par : Jean-Pierre Chevènement, Président de la Fondation Res Publica

défense du droit international (dans son sens le plus large) et des intérêts français. Conseiller juridique à la Mission française auprès des Nations unies, il eut les honneurs de la presse américaine pour avoir ferrailé avec les sbires de Mme Albright, future Secrétaire d'État, lorsqu'elle était représentante de son pays aux Nations unies. En effet, les forces de police américaine voulaient empêcher les malheureux diplomates internationaux que nous étions d'arrêter nos véhicules, ne serait-ce que quelques instants, pour pouvoir aller faire nos compliments, devant les domiciles de nos homologues. Hubert Legal a défendu notre cause en expliquant que Mme Albright, n'habitant probablement pas Brighton Beach ou les lointains faubourgs de Brooklyn, était plus à même de pouvoir se déplacer que nous tous, obligés d'arpenter New York dans tous les sens pour rendre nos devoirs. Son algarade a valu à Hubert Legal les honneurs d'une presse américaine un peu offusquée qu'il s'en prît à Mme Albright. Le New York Times consacra un portrait à notre conseiller juridique qui, aujourd'hui, jurisconsulte du Conseil européen, plane sur des sommités encore plus élevées.

Le deuxième orateur sera Géraud Sajust de Bergues. Directeur adjoint des services juridiques du Quai d'Orsay, il a une longue pratique de la justice européenne, ayant été l'agent de la France dans d'innombrables cas. Je pense qu'il aura l'occasion de dire que la France, à certaines occasions, grâce à la qualité de ses agents, est capable d'obtenir quelques succès. Mais j'imagine que dans sa grande impartialité il signalera aussi les cas où nous sommes en difficulté.

Le troisième intervenant, Stéphane Gervasoni, Conseiller d'État, donnera son sentiment avec toute la distance que la pratique du Conseil d'État peut inspirer vis-à-vis de ces institutions. M. Gervasoni s'exprimera aujourd'hui à titre personnel, nous donnant son impression à la suite d'une profonde expérience des relations des juristes français avec l'instance de Luxembourg.

La quatrième personnalité, M. Jean-Eric Schoettl, ancien Conseiller d'État, ancien Secrétaire général du Conseil constitutionnel, interviendra plutôt en tant que « discutant ». Il commentera les exposés des trois orateurs précédents, ajoutant des aperçus sur le problème récurrent (qui s'accentuera peut-être) de la relation avec la Cour européenne des droits de l'homme.

Jean-Pierre Chevènement ouvrira ensuite le débat avec la salle où figurent des juristes, des professeurs de droit, qui enrichiront peut-être notre discussion de remarques inspirées d'un peu plus de scepticisme et d'une adhésion un peu moins chaleureuse à l'égard de ces institutions qui modifient notre vie quotidienne, puisque notre droit doit faire révérence à la primauté du droit européen.

La parole est à Hubert Legal.

HUBERT LEGAL

Le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne

Monsieur le ministre, Excellence, chers collègues, Mesdames, Messieurs.

La Cour de justice est avec la Commission européenne l'un des deux motifs institutionnels initiaux qui ont alimenté le reproche de supranationalisme fait à la construction européenne. Ces deux motifs rendent très explicitement compte du refus premier du Royaume Uni de se joindre à la CECA et à la CEE. Une autorité politico-administrative dotée de pouvoirs autonomes de préparation et d'exécution de règles obligatoires; une juridiction capable de faire prévaloir sa conception du droit communautaire sur celle des juridictions suprêmes des États membres. Naturellement ce n'est pas par sympathie pour ce couple égorgé des nations célibataires que le Royaume Uni a plus ou moins rejoint le continent en 1974. C'est pour introduire dans l'éducation de sa progéniture la saine tradition des châtements corporels qui ont fait naviguer la marine avant d'émouvoir la Cour des droits de l'Homme. Mais l'impéritie a survécu aux fustigations et les deux larrons, non contents de négliger le marché intérieur et d'encourager la dépense, se sont à présent mis en ménage avec une troisième engeance qui les surpasse en vilénie sinon en efficacité, le Parlement européen. Du coup les pédagogues menacent de quitter pour de bon la classe incorrigible. Les chenapans l'auront voulu.

Mais, si ce qui est reproché à la Cour de justice est son existence même et les pouvoirs dont elle jouit, force est d'admettre qu'elle n'en est pas comptable. Elle admet par sa jurisprudence n'avoir pas de droit de regard sur la validité des

règles de droit primaire dont elle est issue, comme d'ailleurs de celles dont elle n'est pas issue. Heureusement me direz-vous car il ne pourrait en aller autrement qu'en méconnaissance de l'article 267 du TFUE qui ne lui confère qu'une compétence d'interprétation des traités et limite son pouvoir de censure au seul droit dérivé, c'est-à-dire aux actes des institutions.

La Cour ne s'est certes pas contentée d'exister et a rembourré son assise de quelques principes et procédés qui lui permettent d'exercer avec fermeté mais modestie et discrétion le dialogue des juges qui a sa prédilection.

Principes? Primauté, effectivité, équivalence, proportionnalité, citoyenneté de l'Union, caractère constitutionnel des traités sont quelques principes de son cru admis dorénavant à la dignité du droit primaire par la vertu de quelques conférences intergouvernementales suivies de ratification par les Hautes Parties Contractantes.

Procédés? Jurisprudence CILFIT, 1982, un mot en droit communautaire ne veut pas dire ce qu'il signifie dans le droit des divers États membres, donc toute question d'interprétation doit être renvoyée sauf si la réponse est évidente au-delà de tout doute raisonnable.

Autre procédé? Trois méthodes d'interprétation: littérale, contextuelle et téléologique - ont cours.

Et alors deux choses: téléologique veut dire selon l'objectif poursuivi. L'objectif de l'Europe unie étant l'intégration, toute interprétation qui la favorise prévaut. Surtout que manque une autre méthode, classique en droit international notamment, celle de l'interprétation par les travaux préparatoires tendant à dégager l'intention des auteurs du texte. Qu'importe l'intention des auteurs des traités car ils n'avaient pas tous entièrement perçu les facettes du brillant avenir que les traités de Paris et de Rome nous ouvraient. Une interprétation dynamique, téléologique (à ne pas confondre avec théologique) est la plus propre à révéler les potentialités de notre patrimoine juridique commun. Le délibéré, dans cette mythologie, s'apparente à une expérience spirite. Esprit de l'Europe, es-tu là ? Nous t'entendons mal, *Wir verstehen nicht gut -Ach, schon besser!*

Comme vous le voyez, pour qui veut polémiquer, il y a matière. Mais pour ne rien vous cacher, le cœur n'y est plus. Au temps jadis, face à une Cour lyrique et enniassée comme un quarteron de boy-scouts partis délivrer notre âme fédérale des têtes marxiste, protectionniste, dirigiste, militariste et immoraliste de

l'hydre rétrograde enfermée dans ses frontières nationales, un peu de sel sur la queue ou de poil à gratter pouvait légitimement tenter. Les cabris sautaient, les jouvenceaux s'égosillaient, les bons sentiments prospéraient... et les services publics trépassaient sans qu'on y songe, tout investissement public étant perçu comme une entrave indirecte à la libre concurrence dans le marché unique et rien d'autre. On m'a reproché d'avoir quand j'étais juge parlé d'ayatollahs de la libre entreprise à propos de jeunes agents de la Cour formés au Collège d'Europe. Je n'aurais pas dû et j'en ai fait excuse; le terme peut blesser puisqu'il évoque d'autres clochers.

Mais cette Europe de feu de camp, ce n'est plus du tout l'Europe politique de 2013. Cela ne ressemble en rien à la Cour de 2013. La période militante, je devrais plutôt dire celle des patronages, est morte et révolue. L'Europe comme idéal est un fait du passé. Les deux sources idéologiques d'inspiration des pères fondateurs, le christianisme social et le fédéralisme pacifiste, ont depuis longtemps un goût de braises froides. Plus de force de conviction. Le libéralisme n'est plus libérateur et les fameuses "réalisations concrètes" n'ont pas amené "une solidarité de fait" suffisante pour parachever la construction de l'ensemble constitutionnel que Monnet et Schuman avaient paraît-il imaginé. Pourtant l'intégration des politiques progresse en pratique; il n'est qu'à voir la soumission des projets de lois de finances à la Commission, à laquelle tous les États se plient dans le cadre de ce que l'on appelle le "Semestre européen". Tout ceci, contradiction immense, sur fond d'europhobie intense et d'affrontement non déguisé des intérêts nationaux bruts. Qu'est ce qui surnage dans ce paysage dévasté ? Un grand point d'interrogation quant aux perspectives institutionnelles, et l'État de droit. L'Union européenne a aujourd'hui l'autorité des règles de droit qu'elle édicte, ni plus ni moins. Elle ne vit pas dans les rêves, mais dans les banques et les administrations. Ce n'est ni un mal ni un bien. Vaut-il mieux être aimé qu'obéi ? C'est un vain débat quand il n'y a pas le choix.

Encore faut-il qu'après avoir contribué à un certain affaiblissement de l'autorité souveraine des gouvernements et des institutions des États membres, l'Union ne se voie pas à son tour privée du respect dû aux compétences qu'elle exerce. J'entends du respect juridique car le moral ne vient que par surcroît. Et c'est à ce respect que la Cour œuvre dans son âge adulte avec, je dois le dire, un certain doigté, beaucoup de paradoxes et une envie de ne pas manquer son entrée dans la réforme de la gouvernance économique qui nous remonterait presque le moral.

L'époque de l'affrontement manichéen entre fédéralistes et souverainistes, sur fond de tension entre libéralisation et secteur public, a fait long feu dès le début des années 90. Une jurisprudence faisant, de façon équilibrée, la part entre l'ouverture à la concurrence et d'autres actions d'intérêt général au moins aussi légitimes s'est développée, moins prévisible et plus complexe que par le passé, bien qu'affadie et complaisante selon ceux qui préféreraient l'ancien style. Il faut dire que l'interventionnisme économique de l'État avait déjà du plomb dans l'aile et qu'il aurait été inélégant de tirer sur ce qui ressemblait de plus en plus à une ambulance.

En même temps, les cours suprêmes, y compris celles qui s'étaient dopées jusque-là à la théorie de l'acte clair, sont rentrées dans le rang et se sont mises à appliquer sans plus mot dire la primauté du droit de l'Union et à renvoyer à la Cour sans réticence les questions appelant son intervention. Deuxième raison pour que la Fronde prenne fin.

Dans ce climat pacifié, on voit même à présent des arrêts qui citent les travaux préparatoires, qui reconnaissent autant de légitimité démocratique au Conseil qu'au Parlement, qui admettent qu'on ne doit pas choisir une base juridique contre une autre au motif qu'elle confère de plus grands pouvoirs à cette dernière institution, ou encore qui protègent la liberté d'appréciation des États Membres contre des interprétations excessivement larges des pouvoirs d'exécution attribués à la Commission.

Ceci témoigne d'une Cour malgré tout moins enfermée qu'on ne le pense dans sa tour d'ivoire – ou plutôt dans les deux tours dorées que lui a fournies l'architecte Gilles Perrault. La volonté de permettre le rapatriement de pouvoirs, sensible dès la déclaration de Laeken, la notion de subsidiarité, l'échec de l'entreprise constitutionnelle – aventure d'autant plus malvenue qu'elle soumettait au vote le caractère constitutionnel des traités que la Cour avait affirmé de très longue date, la répétition insistante dans les nouveaux traités du caractère limitatif des pouvoirs transférés à l'Union et la mention expresse de la possibilité de la quitter, la reconnaissance des droits des parlements nationaux, enfin la jurisprudence persistante de la Cour constitutionnelle allemande rappelant l'intangibilité de ses principes fondamentaux face à l'inachèvement de

la démocratie dans l'Union; tous ces éléments, et bien d'autres, avaient de quoi faire douter les plus mystiques et hésiter les plus flambants.

Or la Cour n'a pour membres ni des fanatiques ni des hurluberlus mais des personnes représentatives de ce que chacun des États Membres estime pouvoir offrir de plus convenable, selon les procédures de sélection qui lui sont propres, et en fonction de l'idée qu'il se fait de l'institution et des mérites de ses ressortissants. Aucun n'ignore qu'il vaut mieux proposer la candidature de personnes qui soient capables de délibérer en français, puisque telle est la pratique de la Cour. Il est vrai qu'on peut être francophone et inapte au délibéré. Heureusement un comité a été institué par les traités pour attirer l'attention sur les candidatures qu'il serait judicieux de ne pas retenir. Il accomplit son office avec l'efficace sévérité et la majesté imperturbable que l'on est en droit d'attendre de lui avec un président tel que notre compatriote Jean Marc Sauvé. Le choix des candidats n'est désormais pas pris à la légère pour dire les choses modérément. Mais cela profite à l'excellence et j'espère que l'un au moins de nos orateurs pourra en témoigner.

Autrefois politiciens, économistes, hauts fonctionnaires ou professeurs, les membres sont à présent le plus souvent des universitaires -encore et toujours-, des hauts magistrats ou des avocats, donc avec davantage un profil de professionnels du droit que par le passé. Cela n'en fait pas le plus souvent des experts ou des spécialistes mais leur permet de concilier compréhension des enjeux de la procédure, vision générale des équilibres institutionnels et sensibilité aux mouvements profonds de la conscience sociale, qui sont les trois composantes essentielles de l'activité intellectuelle d'une juridiction supérieure statuant dans la matière du droit public.

Je ressens un peu d'impatience de n'entendre de ma part que des flagorneries. Pourquoi, si tout est si charmant dans le contentieux, l'absence de confiance dans la capacité des institutions à respecter les droits des citoyens ? Pourquoi, sous l'angle de la technique juridique, des jugements tels que l'arrêt A.P.I. ou l'arrêt Kadi qu'une part appréciable de la doctrine présente comme erronés ? L'arrêt A.P.I., pour "Association de la Presse Internationale", interprète le règlement sur l'accès aux documents détenus par les institutions d'une manière très étendue en raison de ce que ce règlement constitue une manifestation du principe de la transparence, érigé en principe fondamental du droit de l'Union. Ce règlement prévoit un certain nombre d'exceptions, concernant notamment

les avis juridiques, qui ne sont pas soumis à l'obligation de communication au public, sauf lorsqu'une impérieuse nécessité d'intérêt public l'exige. Et la Cour, par un raisonnement surprenant et qui a été qualifié de circulaire, considère dans son interprétation l'objectif de transparence lui-même comme constitutif d'une telle nécessité. Autrement dit, la règle elle-même peut être invoquée pour limiter la portée d'une exception à cette règle. C'est une étrange logique du point de vue formel, justifiée manifestement par un souci quasi scandinave de permettre le regard du public sur les travaux législatifs de l'Union et éviter le soupçon de tractations occultes. Donc un arrêt un peu *boy scout*, pour en revenir à ce que je disais tout à l'heure, qui constitue une petite victoire du nord contre le sud et du respect des apparences sur le souci de la réalité. En effet, la pratique de certains États du Nord notamment montre combien il est facile de conjuguer une image d'ouverture idéale et la protection de secrets assez substantiels. Donc, au pire, une invitation au double langage adressée sous l'égide de la vertu. Un lourd fardeau administratif pour gérer les demandes d'accès d'ONG généralement plus préoccupées d'alimenter des querelles recuites que d'informer le public; mais pas un véritable drame.

Le phénomène est assez spécifique à la matière des droits fondamentaux, s'agissant desquels la Cour doit toujours donner des gages qu'elle n'est pas moins disante que la Cour européenne des Droits de l'Homme et que la protection qu'elle assure est au moins équivalente à celle des juges de Strasbourg. L'influence intellectuelle allemande joue dans le même sens.

C'est dans ce contexte qu'il faut replacer l'arrêt Kadi par lequel la Cour a censuré l'inscription du requérant par le Conseil sur une liste de personnes faisant l'objet de mesures restrictives décidées en application de résolutions du Conseil de Sécurité. Cet arrêt, qui n'est qu'un parmi de nombreux autres rendus ou qui vont l'être au sujet de la politique des sanctions, souvent présentée comme une composante majeure de la politique extérieure de l'Union, a été vertement fustigé par la doctrine française du droit international comme attentatoire à la Charte des Nations Unies, qui confère aux résolutions du Conseil de Sécurité adoptées en vertu du Chapitre VII une autorité devant laquelle les organisations régionales doivent, comme les États s'incliner. Il résulte de cette autorité que les institutions de l'Union auraient compétence liée pour transcrire, sans les vérifier, les listes établies par les comités des sanctions des Nations Unies.

La Cour a estimé que même des actes de l'Union visant à mettre en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la Charte devaient pouvoir faire l'objet d'un contrôle de leur conformité aux droits fondamentaux faisant partie des principes généraux du droit communautaire (point 326). En effet, "les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE" (point 285).

Il s'agit d'une pure et simple transposition de la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* qui, dans ses décisions dite "*So lange...*", reconnaît la primauté du droit de l'Union sur le droit national allemand aussi longtemps que les principes constitutionnels de l'Allemagne ne sont pas violés, particulièrement la protection des droits fondamentaux. Le paradoxe est que la Cour de justice, qui impose aux États membres un rapport moniste entre le droit de l'Union et leur droit interne, qui doivent être inscrits dans un même ordre hiérarchique, prend ici une orientation dualiste en situant l'ordre juridique international et l'ordre juridique communautaire (ou de l'Union) dans deux registres séparés.

Il faut reconnaître qu'en abandonnant la représentation moniste du droit international, la Cour de justice ne fait que suivre une orientation qui devient très générale et qui se répand même dans les décisions des juridictions françaises qui en offraient dans le passé l'illustration la plus aboutie. Mon sentiment personnel est que l'évolution générale de la pensée juridique européenne et occidentale ne va pas seulement vers le dualisme mais vers un relativisme généralisé dans lequel la notion même de hiérarchie des normes n'aurait pas de portée générale mais devrait être appréhendée seulement à l'intérieur d'une famille de règles. Nous n'en sommes évidemment pas là, mais la pensée juridique universaliste que nous connaissons bien a du mal, il faut le savoir, non seulement face à la *Common Law*, mais face aux représentations du *management* fondées sur les ensembles et aux techniques électroniques de gestion de l'information par "*clusters*" (grappes ou agrégats). Le Conseil d'État travaille à un rapport annuel sur le "droit souple" (*soft law*) – c'est tout dire.

Dans la pratique, l'arrêt de la Cour a eu pour effet de multiplier les recours contre les listes de personnes sanctionnées, recours fondés notamment sur la violation des garanties procédurales, sur le défaut de motivation et sur l'absence

de preuves des comportements ou associations prétendues. Effet évidemment lourd pour ceux qui, dans mon service, sont chargés de défendre le Conseil de l'Union européenne. Mais, en même temps, du point de vue de l'État de droit, est-il illégitime que la personne dont on procède au gel des avoirs sache ce qu'on lui reproche et exige de voir les éléments de preuve sur lesquels reposent ces allégations ?

Kadi a eu pour conséquence un début de réforme des méthodes de détermination des sanctions propres à l'Union européenne, mais également de celles des comités des sanctions des Nations Unies. Le secret défense est toujours invoqué mais, si la garantie des droits dans l'Union européenne a pu avoir pour conséquence que les affirmations non étayées des services spéciaux de deux ou trois États ne soient plus acceptées comme une base suffisante pour priver de ses droits fondamentaux n'importe qui sur la terre entière, je fais partie de ceux qui y verraient plutôt des avantages.

Enfin, je ne conclurai pas sans citer un arrêt que la Cour a rendu en novembre dernier et qui a un caractère crucial pour les dix années à venir de vie des institutions de l'Union dans un contexte de recul des ressources financières et de blocage institutionnel imposé par le Royaume-Uni. Tant que le Royaume-Uni n'aura pas quitté l'Union ou changé de cap, toute révision des traités tendant à approfondir l'intégration au sein de la zone euro devra s'accompagner d'un permis donné à ceux qui le veulent de se retirer de certains volets de l'acquis déjà mis en place. C'est bien d'un choix entre une Europe à la carte et une impossibilité d'amender les traités qu'il s'agit. Pour sortir de ce blocage, la Cour a, par son arrêt *Pringle*, rendu sur question préjudicielle de la Cour suprême d'Irlande, précisé les conditions dans lesquelles les États membres qui le veulent peuvent conclure entre eux des traités intergouvernementaux destinés à compléter et approfondir les politiques de l'Union lorsque le Traité sur l'Union européenne (TUE) et le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) n'offrent pas de base juridique pour le faire. Les coopérations renforcées étaient déjà un instrument interne à l'Union allant dans ce sens, mais elles ne permettent pas d'élargir les compétences qui lui sont attribuées.

C'est un signe encourageant de la part de la Cour, qui témoigne de sa disponibilité et de son ouverture. C'est un signe aussi qu'elle a perçu que la situation est grave. Elle peut contribuer à ce qu'elle ne soit pas désespérée. Cela

s'est déjà vu. La Cour est forte quand la volonté politique recule. Elle saurait, avec ses partenaires des cours suprêmes nationales, sauvegarder l'essentiel s'il en était besoin. Donc, malgré les excès, les faiblesses et les partis pris qu'on lui prête, je crois qu'il est juste de conclure que la Cour s'acquitte excellemment d'une mission difficile et indispensable

Je vous remercie.

ALAIN DEJAMMET

Merci.

Nous allons maintenant écouter M. Géraud Sajust de Bergues, agent de la France, en sa qualité de Directeur adjoint du service juridique du Quai d'Orsay, dans plusieurs instances qui sont portées devant les cours de Luxembourg et de Strasbourg. S'il s'exprime à titre personnel, sa sensibilité est tout empreinte de ce qu'il entend autour de lui dans le « bâtiment » où il passe beaucoup d'heures.

GERAUD SAJUST DE BERGUES

La France devant la Cour de justice de l'Union européenne

Monsieur le ministre, Excellence, Mesdames et Messieurs.

Mon propos sera à la fois plus étroit et plus large que celui d'Hubert Legal puisque je parlerai de la présence de la France devant la Cour de justice de l'Union européenne.

Avant de commencer je rappellerai qu'il existe *trois voies de recours* principales devant la Cour de justice de l'Union européenne :

Les recours en manquement sont, la plupart du temps, introduits par la Commission contre les États membres qui ne respectent pas, selon elle, le droit de l'Union européenne.

Les recours en annulation sont introduits par les États ou les personnes physiques ou morales, voire les institutions elles-mêmes, contre les actes des institutions. Ils peuvent être comparés à nos recours pour excès de pouvoir.

Les affaires préjudicielles consistent en des questions renvoyées à la Cour par les juges nationaux quand ils rencontrent une difficulté d'interprétation du droit de l'Union européenne ou, mais c'est beaucoup plus rare, quand ils s'interrogent sur la validité d'un acte d'une institution.

Autre précision : La « Cour de justice » est une institution de l'Union européenne qui n'a longtemps comporté qu'une seule juridiction. Cependant, aujourd'hui, cette institution comprend trois juridictions, à savoir *la Cour de justice proprement dite*, *le Tribunal*, créé en 1988, et *le Tribunal de la fonction publique*, créé en 2004.

La France a été longtemps très discrète devant la Cour de justice. Il faut dire que, pendant les années soixante et soixante-dix, il y avait très peu de recours en manquement et très peu d'affaires préjudicielles, encore moins d'affaires préjudicielles françaises. Ainsi, il a fallu attendre 1965 (soit sept ans après l'entrée en vigueur du traité de Rome) pour voir la première question préjudicielle posée par une juridiction française (la Cour d'appel de Colmar²) alors que les grands arrêts sur la primauté et sur l'effet direct du droit communautaire avaient déjà été rendus.

En outre, la France, qui avait traditionnellement une vision assez diplomatique de la Communauté européenne, avait sans doute quelque réticence à porter devant la Cour de justice ses différends avec les autres États membres ou avec les institutions. Par ailleurs, la France a sans doute aussi longtemps sous-estimé l'impact que risquait d'avoir une affaire préjudicielle posée par le juge d'un autre État membre sur sa propre législation et elle n'a pris conscience que plus tard des conséquences que pouvait avoir pour elle un arrêt préjudiciel de la Cour, qui est revêtu d'un effet *erga omnes*.

Pourtant, la France, comme les autres États membres, dispose de très grandes facilités procédurales pour accéder à la Cour de justice. Ainsi, les États membres peuvent attaquer n'importe quel acte d'une institution dès lors qu'il produit des effets juridiques obligatoires et ils peuvent intervenir dans toutes les affaires préjudicielles, ainsi que dans tous les recours directs qui opposent, selon le cas,

² Cour d'appel de Colmar – France. Demande de décision préjudicielle. Affaire 44-65. Arrêt de la Cour du 9 décembre 1965. *Hessische Knappschaft contre Maison Singer et fils*. Matière: sécurité sociale des travailleurs migrants.

deux institutions entre elles, un État membre à une institution ou encore une personne physique ou morale à une institution. Par ailleurs, les États membres sont en droit de rédiger leurs mémoires et de plaider dans leur propre langue, quelle que soit la langue de procédure d'une affaire.

Le fait que le français soit la langue de travail de la Cour de justice ne pouvait également que faciliter l'activité contentieuse de la France. En effet, cela signifie que non seulement la Cour rédige ses arrêts et délibère en français mais aussi que, dans toutes les affaires, les mémoires et les pièces de procédure sont traduits dans notre langue. Cela étant, il convient de préciser que, si le français est la langue de travail de la Cour de justice, celle-ci ne compte pas moins de vingt-deux langues de procédure, ce qui fait de la Cour une véritable « tour de Babel », à la différence des autres cours internationales. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg, qui dépend du Conseil de l'Europe, et la Cour internationale de justice de La Haye, qui dépend des Nations Unies, n'utilisent, pour leur part, que deux langues de procédure (le français et l'anglais). La différence entre langue de travail et langue de procédure peut être illustrée par l'exemple suivant : prenons une affaire « Commission contre Finlande ». Comme la langue de procédure dans les affaires de manquement est celle de l'État défendeur, cette langue sera donc le finnois. Si la France intervient dans une telle affaire, elle rédigera son mémoire dans sa propre langue, comme d'ailleurs les autres États membres intervenants. Ensuite, tous ces mémoires seront traduits par les soins de la Cour dans la langue de procédure, c'est-à-dire en finnois, et dans la langue de travail, c'est-à-dire en français. Il en résulte que les autres États membres intervenants devront être en mesure de lire ces mémoires soit en finnois soit en français, et vous imaginez comme le choix sera vite fait.

Si la France a été longtemps très discrète devant la Cour, les choses ont heureusement commencé à changer à partir du début des années quatre-vingts et la France est aujourd'hui dans le peloton de tête des États membres pour sa présence devant les juridictions de l'Union européenne avec environ cent trente affaires pendantes, Cour de justice et Tribunal confondus, ce qui la place au niveau de l'Allemagne et même du Royaume-Uni (souvent présenté comme un modèle d'interventionnisme).

Cette présence traduit incontestablement une sensibilisation de plus en plus grande aux enjeux du contentieux communautaire.

Deux administrations ont joué un rôle essentiel à cet égard, à savoir :

- la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, qui assure la représentation de la France devant les juridictions de l'Union, c'est-à-dire qu'elle est chargée de rédiger les mémoires et les plaidoiries et de prononcer celles-ci à Luxembourg,

- et le Secrétariat général des affaires européennes (SGAE), autrefois appelé SGCI, qui dépend du Premier ministre et qui est chargé de coordonner l'ensemble des positions françaises devant les institutions de l'Union européenne, notamment devant la Cour de justice.

Ainsi, l'élaboration des positions françaises devant la Cour de justice se déroule dans un cadre interministériel, avec bien sûr le concours des ministères techniques intéressés.

Cette « cogestion » du contentieux communautaire par le SGAE et la Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères est une spécificité française. En effet, dans les autres États membres, la coordination du contentieux communautaire est le plus souvent assurée par le service contentieux lui-même. Cependant, cette cogestion me paraît une très bonne solution car elle permet une répartition des tâches entre le SGAE et la direction des affaires juridiques et elle confère à un service qui dépend du Premier ministre et qui a donc toute l'autorité nécessaire le soin de trancher les éventuels différends entre les administrations.

Il faut souligner que, même si elle est bicéphale en France, cette organisation centralisée du contentieux communautaire est la règle dans la quasi-totalité des États membres et dans toutes les institutions.

Le choix d'une organisation centralisée du contentieux communautaire répond au souci de confier la rédaction des mémoires et des plaidoiries et le prononcé de celles-ci à un service parfaitement rompu aux techniques du contentieux communautaire et aux usages des juridictions de l'Union et une telle organisation permet aussi d'éviter les incohérences dans les positions défendues.

Comment se manifeste la présence de la France devant la Cour ?

En 2012, la France a déposé quatre-vingt-quinze requêtes, mémoires ou « observations écrites » (expression réservée aux affaires préjudicielles) devant la Cour de justice ou le Tribunal. À côté de cette centaine de mémoires écrits, nous

avons participé à quarante-quatre audiences, un chiffre qui peut paraître modeste mais qui représente 95 % de toutes les audiences auxquelles la France a participé devant les cours internationales, cette année-là. En effet, à la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg, les audiences sont, par comparaison, très peu nombreuses par rapport au nombre d'affaires (trois à cinq audiences par an pour la France).

Contrairement à un préjugé tenace, le nombre d'affaires de manquement visant la France est très limité.

Le nombre d'affaires contentieuses dans lesquelles la France est présente a doublé entre le début des années 90 et les années 2000, pour atteindre le nombre de 130-140 affaires. Mais il faut de suite dissiper un malentendu. En effet, la présence d'un État membre devant la Cour de justice est souvent perçue de manière négative (« Vous ne respectez pas le droit communautaire, vous avez la Commission sur le dos »). Or cette perception est erronée puisque, sur cent vingt-sept affaires dans lesquelles la France est présente actuellement, il n'y a que huit affaires de manquement visant notre pays. Cette situation n'est pas propre à la période actuelle puisque les affaires de manquement visant la France n'ont jamais dépassé 25 % de l'ensemble de nos affaires. À la différence de la Cour européenne des droits de l'homme devant laquelle la France est, dans la quasi-totalité des cas, en position de défendeur, c'est donc un contentieux beaucoup plus varié qui amène la France devant la Cour de justice et le Tribunal de l'Union européenne.

La présence de la France devant les juridictions de l'Union européenne se manifeste d'abord par des recours contre les institutions.

Si la France estime qu'une directive, un règlement ou une décision de la Commission (beaucoup plus rarement du Conseil ou du Parlement) porte atteinte à ses intérêts, elle peut décider de l'attaquer devant les juridictions de l'Union européenne.

Ainsi, la presse et la télévision ont récemment rendu compte d'un recours que la France a gagné contre le Parlement européen. À cet égard, il faut rappeler qu'un protocole annexé aux traités instituant l'Union européenne prévoit que le Parlement européen a son siège à Strasbourg où il doit tenir ses douze « périodes de session » mensuelles (on ne parle pas de douze « sessions » parce que le Parlement européen est toujours en session), même s'il peut tenir des « périodes de session extraordinaire » à Bruxelles. Comme le Parlement européen ne se

réunit pas au mois d'août, il est convenu qu'il tienne deux périodes de session au mois d'octobre.

Il y a une quinzaine d'années, le Parlement avait décidé de supprimer purement et simplement l'une de ses douze périodes de session, mais la France avait introduit un recours et la Cour de justice avait annulé cette décision.

Cette fois-ci, bien que l'affaire fût cousue de fil blanc, elle était plus délicate. En effet, si le protocole prévoit « douze périodes de session », il n'en fixe pas la durée. Or, cette fois, le Parlement européen avait imaginé de réduire de moitié la durée de ses deux périodes de session du mois d'octobre, qui passaient de quatre à deux jours, et de regrouper celles-ci au cours de la même semaine. Mais la France a gagné son recours. En effet, la Cour a considéré que les périodes de session devaient en principe avoir la même durée et, surtout, que le Parlement européen n'avait pas été en mesure d'expliquer les raisons objectives pour lesquelles il avait moins besoin de se réunir au mois d'octobre, alors même que c'est le mois où il vote le budget.

Cependant, ce genre d'affaires de niveau constitutionnel est un peu exceptionnel. Le plus souvent, les recours que la France introduit visent la Commission et portent sur des domaines plus techniques, comme celui des aides d'État.

En plus de ses recours contre les institutions, il arrive fréquemment que la France intervienne dans des *litiges qui opposent deux institutions entre elles*, le plus souvent la Commission ou le Parlement européen au Conseil. Je ne vous étonnerai pas en vous disant que, jusqu'à présent, dans ce genre de litiges, la France est toujours intervenue au soutien du Conseil. Cependant, aucune règle ne nous interdit d'intervenir un jour au soutien de la Commission ou du Parlement européen face au Conseil.

Il arrive également que la France intervienne dans *des litiges qui opposent une entreprise à une institution*. Dans ce cas, on trouve à peu près autant d'affaires dans lesquelles la France est intervenue au soutien de l'entreprise que d'affaires dans lesquelles la France est intervenue au soutien des institutions. Ainsi, dans le domaine des aides d'État, deux situations peuvent se présenter :

- Dans la première situation, la Commission a pris une décision favorable à la France en matière d'aides d'État (c'est-à-dire qu'elle a considéré que la mesure en cause ne constituait pas une telle aide ou alors que cette mesure constituait

une aide d'État compatible avec le marché intérieur) et un concurrent de cette entreprise attaque cette décision. Dans ces cas-là, la France intervient souvent au soutien de la Commission. Deux entreprises françaises sont particulièrement actives à cet égard devant le Tribunal et la Cour de justice. Il s'agit, d'une part, de TF1, qui attaque fréquemment les décisions de la Commission autorisant le versement de subventions à la télévision publique. Il s'agit d'autre part de Corsica Ferries, qui est aussi une habituée du prétoire. En effet, celle-ci attaque souvent les décisions dans lesquelles la Commission n'a pas considéré les mesures françaises en faveur de la SNCM comme des aides d'État ou a considéré que ces aides étaient compatibles avec le marché intérieur. Bouygues Télécom a été aussi traditionnellement très active vis-à-vis des décisions de la Commission concernant des mesures prises par la France à l'égard de France Télécom.

- Dans la seconde situation, la Commission a pris une décision défavorable à la France en matière d'aides d'État (soit parce qu'elle a considéré que la mesure en cause constituait une aide d'État, soit parce qu'elle a considéré que cette mesure était une aide d'État incompatible avec le marché intérieur) et c'est l'entreprise française qui en a ou en aurait bénéficié qui décide d'introduire un recours. Alors, si elle n'a pas introduit elle-même un recours ou même si elle l'a fait, la France intervient souvent au soutien de cette entreprise.

Ce ne sont pas toujours des entreprises mais souvent aussi des personnes physiques qui attaquent les institutions de l'Union européenne. Ainsi, Hubert Legal s'est référé tout à l'heure à l'affaire Kadi, du nom du requérant suspecté d'être lié à Ben Laden et dont les avoirs dans l'Union européenne ont été gelés pour ce motif. À cet égard, il faut souligner que le gel des avoirs est devenu un aspect très important de la politique extérieure de l'Union. Il s'agit non seulement du gel des avoirs de personnes suspectées de terrorisme mais aussi du gel des avoirs de personnes et d'entreprises qui sont liées à un État (par exemple, l'Iran, le Zimbabwe, la Biélorussie ou la Syrie. Or ceci a généré un contentieux énorme (environ cent trente affaires pendantes devant la Cour de justice et le Tribunal) et souvent délicat (par exemple, quand, comme pour M. Kadi, l'Union se borne à appliquer une résolution contraignante du Conseil de sécurité des Nations Unies ou, plus généralement, quand l'Union ne peut pas produire les éléments de preuve dont elle dispose compte tenu de leur caractère confidentiel).

Enfin, la présence de la France devant la Cour de justice se manifeste par la présentation d'observations dans les affaires préjudicielles. Il s'agit d'affaires dans lesquelles les juges nationaux des États membres de l'Union européenne posent des questions à la Cour de justice sur l'interprétation du droit de l'Union ou, mais plus rarement, sur la validité des règlements, des directives ou des décisions prises par le Conseil, le Parlement européen ou la Commission.

On a coutume de dire que c'est le juge national des États membres de l'Union européenne qui est le juge communautaire de droit commun. Qu'est-ce que cela signifie ? Prenons l'exemple d'un justiciable français qui souhaite contester en justice une taxe qu'on lui fait payer ou le refus de lui verser une prestation sociale qu'on lui oppose. Dans ces cas, son avocat peut avoir l'idée de mettre en cause la compatibilité de cette taxe ou de ce refus avec le droit de l'Union européenne. Cependant, dans ces cas, ce justiciable français ne pourra pas aller directement devant les juridictions de l'Union et il devra s'adresser à son juge habituel, c'est-à-dire, selon le cas, au juge administratif ou au juge judiciaire. S'il est évident que la taxe ou le refus de la prestation sociale est conforme au droit de l'Union ou est contraire à celui-ci, alors le juge français se prononcera tout seul. Mais, si ce n'est pas évident, alors le juge français pourra interroger la Cour de justice. Lorsqu'un juge français décide de renvoyer une question à la Cour de justice, cela revient donc à une sorte de « recours en manquement », à ceci près qu'il n'émane pas de la Commission. En effet, vous aurez compris que ce que le juge français souhaite savoir de la Cour, c'est si la réglementation ou la législation française en cause est compatible ou non avec le droit de l'Union. S'il ressort de la réponse de la Cour que cette réglementation ou cette législation est compatible, le juge français rejettera le recours du justiciable. En revanche, dans le cas contraire, il donnera raison à ce justiciable. Donc, dans ce genre d'affaires nous sommes un peu dans la même situation que dans les affaires de manquement puisque nous défendons la réglementation et la législation françaises.

Le nombre d'affaires préjudicielles françaises tourne, en moyenne, autour d'une vingtaine par an (soit deux fois moins que les affaires préjudicielles allemandes ou italiennes, mais à peu près autant que les affaires britanniques et plus que les affaires espagnoles). Mais la France dépose souvent des observations dans des affaires préjudicielles renvoyées par les juges des autres États membres. Bien sûr, elle ne le fait pas pour la beauté du droit, mais, le plus souvent, parce que la réglementation ou la législation qui est mise en cause est analogue à la nôtre. En effet, si la Cour juge finalement que cette législation (allemande,

grecque ou finlandaise, par exemple) est contraire au droit de l'Union européenne, son arrêt aura un effet *erga omnes* et les juges français devront l'appliquer. C'est ainsi, par exemple, que, pour défendre notre monopole des jeux de hasard (PMU et Française des jeux), nous sommes intervenus par le passé dans plusieurs affaires préjudicielles italiennes et allemandes mettant en cause des monopoles analogues dans ces pays.

Ainsi, plutôt que d'attendre que sa propre réglementation ou législation soit mise en cause par la Commission dans le cadre d'un recours en manquement ou par un justiciable devant un juge français, la France préfère souvent prendre les devants et essayer d'influencer l'interprétation de la Cour de justice.

La répartition des affaires.

Parmi les cent vingt-sept affaires contentieuses dans lesquelles la France est actuellement présente, on compte

- huit affaires de manquement, dont aucun ne comporte une demande de sanctions financières.

- une dizaine de recours en annulation, tous dirigés contre la Commission. Si la plupart des recours en annulation de la France sont traditionnellement dirigés contre la Commission, c'est notamment parce que, en tant que pouvoir exécutif de l'Union européenne, celle-ci adopte au moins 90 % de l'ensemble des actes de droit dérivé de l'Union. Une majorité de nos recours concernent le domaine des aides d'État. Cependant, il convient de préciser que, dans ce domaine, il nous arrive aussi fréquemment, d'intervenir au soutien de la Commission. Ainsi, devant la Cour ou le Tribunal, notre adversaire d'un jour peut-être notre allié le lendemain.

- une grosse cinquantaine d'affaires préjudicielles dont les deux tiers proviennent de juges d'autres États membres. En effet, comme je l'ai déjà indiqué, nous veillons à intervenir aussi dans les affaires préjudicielles renvoyées par les juges des autres États membres, en particulier quand celles-ci mettent en cause la compatibilité avec le droit de l'Union de législations qui sont proches des nôtres.

- une cinquantaine d'interventions dans des litiges qui opposent, selon le cas, deux institutions entre elles, un État membre et une institution ou encore une personne physique ou morale à une institution.

Les principaux domaines d'intervention.

J'ai déjà évoqué *les aides d'État, qui représentent une part significative de notre contentieux*. Mais on peut citer aussi les domaines de la fiscalité, de l'environnement, de la propriété intellectuelle, du droit des étrangers, des affaires institutionnelles ou encore de l'agriculture.

Les motifs qui guident les interventions de la France.

Il s'agit bien sûr de défendre les intérêts de notre pays, qu'il s'agisse de ses intérêts immédiats mais aussi de sa conception de la construction européenne.

- La défense des intérêts immédiats.

Ainsi, nous n'hésitons pas à mettre en cause les décisions de la Commission en matière d'aides d'État, soit parce que nous contestons la qualification d'aides de nos mesures, soit parce que nous considérons que ces aides sont compatibles avec le marché intérieur. Nous intervenons aussi dans des affaires de manquement visant d'autres États membres ou dans des affaires préjudicielles renvoyées par les juges d'autres États membres pour défendre la compatibilité avec le droit de l'Union des législations de ces États qui sont proches des nôtres. Il nous arrive aussi, mais c'est plus rare, d'intervenir dans de telles affaires non pour défendre mais pour contester des législations d'autres États membres qui nuisent à nos opérateurs.

- Les affaires de principes.

Ainsi, la France s'intéresse particulièrement aux affaires institutionnelles qui opposent la Commission ou le Parlement européen au Conseil et qui mettent en cause la répartition des compétences entre les États membres et l'Union ou la répartition des compétences entre les institutions de l'Union elles-mêmes. La France s'intéresse aussi de près aux affaires touchant aux droits fondamentaux

La France est-elle satisfaite de la jurisprudence de la Cour ?

Ce qu'on peut dire, c'est que la France fait confiance à la Cour de justice pour régler les litiges auxquels elle est partie. Comme l'a dit Hubert Legal, la jurisprudence de la Cour a évolué et la Cour est sans doute aujourd'hui plus sensible qu'elle n'a pu l'être par le passé aux préoccupations des États membres.

À ce sujet, il faut rappeler que, dans les années 60-70 et même jusqu'aux années 80, quand une affaire préjudicielle était renvoyée à la Cour de justice par un juge national d'un État membre, la Commission et cet État déposaient des

observations devant la Cour mais il était rare que d'autres États membres fassent de même. Or cette situation peut expliquer, au moins en partie, pourquoi la Cour se montrait particulièrement sensible aux thèses de la Commission.

Cependant, aujourd'hui, il n'est pas rare que quatre, cinq ou six États membres, et parfois plus, décident de déposer des observations dans une affaire préjudicielle ou de se soutenir dans une affaire de manquement, ce qui ne peut que renforcer le poids de leurs thèses aux yeux de la Cour.

Bien sûr, la France n'est pas toujours satisfaite des arrêts rendus par le Tribunal ou la Cour.

Cela étant, il faut reconnaître que certaines de nos défaites étaient assez prévisibles. Mais ce n'est pas le cas de toutes et je citerai, par exemple, les arrêts concernant la nationalité des notaires qui continuent de ne pas me convaincre.

Quoi qu'il en soit, je le répète, la France fait confiance à la Cour et, même si nous regrettons certains arrêts, nous en tirons les conséquences et nous les exécutons.

Je vous remercie.

ALAIN DEJAMMET

M. Sajust de Bergues nous a présenté sa vision des relations entre la France et la Cour de justice, tout empreinte de son expérience au Quai d'Orsay.

M. Stéphane Gervasoni va, lui aussi, s'exprimer à titre personnel. Mais la pratique du Conseil d'État lui inspirera peut-être une autre réponse à cette question : La France est-elle contente de la jurisprudence de la Cour ?

Un point m'a frappé : M. Sajust de Bergues nous dit que la Cour a une conception de l'autorité publique qui se restreint beaucoup à l'exercice de la coercition. C'est aux antipodes de ce que nous avons nous-mêmes à l'esprit lorsque nous évoquons le service public et l'autorité publique. Il y a là un décalage monumental révélé à l'occasion de l'affaire du contentieux sur les notaires.

Nous vous écoutons, M. Gervasoni.

*L'encadrement du pouvoir régulateur des États membres
par le droit de l'Union :
jusqu'où va la Cour de justice de l'Union européenne ?*

Merci.

Monsieur le ministre, Excellence, chers collègues, Mesdames, Messieurs.

C'est plutôt avec ma casquette d'ancien référendaire et d'ancien juge au Tribunal de la fonction publique de l'UE³ que je m'exprimerai ce soir. Vous ne serez pas surpris que mon propos soit plus intérieur et, peut-être, moins critique sur cette institution dont je vais essayer de me faire l'avocat.

Au cours des dix dernières années, nombre d'arrêts de la CJUE ont suscité de vives réactions dans les États membres. La plus notable de ces réactions n'est pas venue du Royaume-Uni, non, mais de la République fédérale d'Allemagne, sous la plume de M. Roman Herzog, son ancien président, lequel, en 2008, critiqua sévèrement la Cour pour l'arrêt qu'elle avait rendu en novembre 2005 dans une affaire Mangold⁴, dans laquelle la Cour avait dit pour droit qu'une législation fédérale relative aux salariés âgés était contraire du principe de non-discrimination, garanti par le droit de l'Union. M. Herzog soutenait que la Cour ignorait systématiquement les principes d'interprétation de la loi, s'écartait de la volonté du législateur, inventait des principes servant de fondement à des arrêts ultérieurs, et s'ingérait excessivement dans des compétences aussi essentielles pour les États membres que constituent la politique sociale et la régulation du marché du travail. En 2006, alors que son pays assurait la présidence de l'Union, c'est le chancelier autrichien, M. Schüssel, qui avait fait part de son mécontentement en estimant que la Cour méconnaissait le principe de subsidiarité et les prérogatives des États membres. La Cour avait, au cours des mois précédents, remis en cause le contingentement d'étudiants allemands dans les universités autrichiennes⁵, ordonné la reprise de la circulation des poids lourds sur une autoroute du Tyrol, alors que l'Autriche l'avait interdite⁶ et, plus

³ L'auteur s'exprime à titre personnel. Ses propos n'engagent en rien le Conseil d'Etat ou la Cour de justice de l'Union européenne, son ancien employeur.

⁴ CJCE 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04

⁵ CJCE 7 juillet 2005, Commission/Autriche, C-147/03

⁶ CJCE, 15 novembre 2005, Commission/Autriche, C-320/03

accessoirement, constaté qu'un terrain de golf avait été étendu au mépris des droits territoriaux d'un petit oiseau, le crex crex (râle des genêts)⁷. En 2011, ce sont les autorités françaises qui ont manifesté un certain mécontentement après un arrêt El Dridi⁸, dans lequel la Cour a jugé qu'une directive européenne s'opposait à une législation nationale (italienne en l'occurrence) sanctionnant un étranger en situation irrégulière en instance d'éloignement d'une peine d'emprisonnement au seul motif que le séjour était irrégulier. La Cour avait estimé qu'une telle peine d'emprisonnement était contraire aux objectifs de la directive tendant, précisément, à permettre l'éloignement de l'étranger hors du territoire national. Cette décision de la Cour remettait indirectement en cause la régularité des procédures d'éloignement en France, qui s'appuient souvent sur des placements en garde à vue, gardes à vue qui devenaient impossibles en l'absence de sanction pénale possible pour séjour irrégulier. Six mois plus tard, une nouvelle affaire portée devant la Cour de Luxembourg a permis à celle-ci de confirmer son appréciation⁹.

Ces réactions sont bien sûr compréhensibles : nul n'est obligé d'être convaincu du bien-fondé d'une décision de justice, fût-elle européenne, à condition de ne pas faire échec à son application.

Dans le bref exposé qui va suivre, je vais tenter, sinon de vous convaincre que la Cour détient la vérité révélée en toute matière, du moins de donner une grille de lecture, de compréhension des finalités qu'elle poursuit et quelques éléments, assez sommaires, qui guident son appréciation de la portée des normes européennes sur les mesures nationales de régulation adoptées par les États membres. Je rappelle avant toute chose que les principes directeurs de la jurisprudence de la Cour sont inscrits en toutes lettres dans les traités (CE et UE, aujourd'hui TFUE), signés et ratifiés par les États membres, et ne sont pas le fruit d'une imagination débridée de la Cour de Luxembourg.

1/ Les principes

Le mieux est sans doute de commencer par citer un de nos compatriotes, Robert Lecourt, méconnu en France – nul n'est prophète...- ancien garde des Sceaux, membre du Conseil constitutionnel et qui fut président de la Cour de Luxembourg pendant neuf ans, jusqu'en 1976: «Il était d'une belle témérité

⁷ CJCE, 29 janvier 2004, Commission/Autriche, C-209/02

⁸ CJUE, 28 avril 2011, El Dridi, C-40/11

⁹ CJUE, 6 décembre 2011, Achughabian, C-329/11

d'imaginer que des États renonçant à l'absolu de leurs prérogatives souveraines, accepteraient de substituer à leurs propres lois une règle élaborée en commun, directement applicable partout, sous le contrôle des tribunaux de chacun et l'interprétation uniforme d'une juridiction commune. [...] Dès lors qu'on voulait organiser, non pas une simple zone de libres transactions entre États, mais une réelle unité entre des marchés et une authentique communauté entre des populations, force était bien d'instituer, et une source réglementaire permanente, et des actes ayant force exécutoire, et le contrôle d'une cour régulatrice ». En instituant la Communauté, écrivait-il, on créait « un monde nouveau, fait d'États et de peuples qui ne seraient plus séparés par des frontières. La liberté devait être la règle : liberté pour les personnes de circuler, de s'établir, de travailler, d'échanger leurs produits. Elle était la nouvelle société dans ses nouvelles dimensions et ses nouvelles structures... ».

Quels principes apparaissent plus ou moins en filigrane dans ces écrits, résumant une philosophie dont la Cour ne s'est pas départie depuis lors ? Ils sont au nombre de trois.

D'abord, *la liberté* économique, bien sûr mais pas seulement : il faut rapprocher les économies, créer un marché commun, mais aussi rapprocher les peuples. Idéal de liberté donc, au sens large du terme. Cette conception initiale prend une nouvelle dimension avec l'insertion, en 1992, dans le traité de Maastricht, d'une citoyenneté de l'Union, à laquelle la Cour insufflera une réelle substance dans sa jurisprudence, notamment en admettant que la qualité de citoyen de l'Union puisse être directement invoquée en justice.

Ensuite, *l'égalité* : membres d'un même ensemble, d'une Communauté, il n'est plus question d'admettre des différences de traitement entre les nationaux et les ressortissants des autres États membres, pas davantage entre les États ou entre les entreprises. Là aussi, la notion a autant d'importance économique que politique : la concurrence doit être non faussée, au nom de l'égalité entre entreprises actives sur un même marché, et les droits fondamentaux comme les grandes libertés inscrites dans les traités, également garantis à tous, peu importent la nationalité ou le sexe, les seules réserves ayant trait aux règles inhérentes à l'exercice de la citoyenneté et de la souveraineté nationales : un ressortissant d'un autre État membre de l'Union n'a pas le même droit de séjour inconditionnel en France qu'un Français, ne peut être nommé dans un emploi

régalien, tel que magistrat ou diplomate, et n'a pas le droit de vote, par exemple, aux élections présidentielle ou parlementaires.

Enfin, au risque de décevoir l'auditoire, je ne compléterai pas le triptyque par une référence à la fraternité : l'Union et la République ne se superposent pas. Le troisième principe fondamental est celui de *la neutralité* : neutralité du droit de l'Union, pour peu que les deux précédents principes soient garantis, dans tous les domaines où la souveraineté ou l'autonomie des États membres peut et doit s'épanouir. Le droit de l'Union ne préjuge par le régime de propriété dans les États membres : si les États préfèrent posséder les entreprises, ils sont libres de le faire. Le droit de l'Union, au niveau des traités, ne postule aucun niveau particulier de protection sociale, de protection de l'environnement, de garantie de santé publique, d'ordre public : les États fixent ces garanties au niveau où ils l'estiment souhaitable et financièrement acceptable. De même, en termes d'organisation interne, par exemple en matière juridictionnelle, les États font comme bon leur semble, à condition de ne pas discriminer entre nationaux et ressortissants des autres États membres.

Si l'on a ces trois boussoles à l'esprit, ces trois baromètres, on peut anticiper plus facilement les solutions retenues par la Cour de justice et en comprendre plus aisément le sens. Étant précisé que des variations peuvent être induites par des dispositions spécifiques de la législation européenne dérivée (règlements, directives notamment), dont la Cour assure le respect.

2/ Deux règles générales d'interprétation

Entrons dans plus de détails.

Il résulte des principes énoncés deux règles générales claires.

La première est que la Cour n'admet l'existence d'aucun pré-carré constitutionnel, dans lequel le droit de l'Union ne pourrait pénétrer et qui le tiendrait en échec.

Point besoin de se plaindre de ce que la Cour change notre droit en affectant une règle constitutionnelle : si une telle règle porte atteinte aux principes énoncés plus haut, la Cour constate sobrement son incompatibilité,

indépendamment de la place de cette règle au sommet de la hiérarchie des normes internes. C'est ainsi qu'ont été jugés contraires aux principes de liberté et/ou de non-discrimination la disposition de la Constitution du Luxembourg empêchant les non-Luxembourgeois d'accéder à l'ensemble des emplois de la fonction publique, y compris les emplois n'ayant rien à voir avec la souveraineté grand-ducale¹⁰, la disposition de la Constitution allemande faisant obstacle à ce que les femmes accèdent à tous les emplois dans les forces armées¹¹ (les femmes étaient jusqu'alors cantonnées dans les emplois de la musique militaire et des services de santé), la disposition de la Constitution hellénique s'opposant de manière générale et absolue à ce que des entreprises impliquées dans le secteur des médias de l'information puissent être attributaires de marchés publics¹².

Cette *primauté du droit de l'Union*, y compris sur le droit constitutionnel, heurte parfois la conscience des politiques ou juristes attachés à ce que la Constitution reste la norme suprême. Mais elle ne doit pas être exagérée dans son étendue et sa portée : cette primauté est fonctionnelle ; elle ne sert que la cause des principes susmentionnés, lorsque la règle nationale dépasse certaines lignes « rouges », notamment lorsqu'elle fait barrage au contrôle de la Cour de justice¹³ ou impose au juge national de traiter en priorité les questions de constitutionnalité des lois, au risque de retarder la saisine de la Cour¹⁴. Dans le champ constitutionnel, le principe de primauté est manié par la Cour avec prudence et retenue. Les juges nationaux, pourtant juges de plein exercice du droit de l'Union, ne poussent pas l'orthodoxie jusqu'à écarter de leur propre chef une norme constitutionnelle au motif qu'elle serait incompatible avec le droit de l'Union.

La seconde règle est qu'*il n'existe pas, a priori, de blocs de compétences nationaux soustraits par nature aux effets du droit de l'Union*.

Il faut se garder ici d'une confusion entre domaines de compétence des États membres et matières échappant à la « tension » juridique communautaire. La Cour ne cesse de rappeler dans de nombreux arrêts que les circonstances qu'un

¹⁰ CJCE 10 décembre 1996, Commission/Luxembourg, C-473/93

¹¹ CJCE 11 janvier 2000, Kreil, C-285/98

¹² 16 décembre 2008, C-213/07, Michaniki AE

¹³ Affaires Simmenthal de 1977

¹⁴ CJUE 22 juin 2010, Melki et Abdeli, C-188/10 et C-189/10

État membre dispose de la compétence pour agir dans un domaine donné et que l'Union n'a pas de pouvoir législatif ou n'a adopté aucune législation n'exonère pas l'État membre du respect des principes cardinaux de liberté et d'égalité.

L'exemple le plus manifeste est tiré, ces dernières années, de la matière fiscale. En ce qui concerne la fiscalité directe (impôt sur le revenu, impôt sur les sociétés, notamment), les États membres ont une compétence en pratique exclusive, dès lors que le législateur de l'Union ne peut agir en ce domaine qu'à l'unanimité, autant dire rarement. Pendant plusieurs décennies, cette compétence s'est exercée sans que le droit de l'Union vienne la limiter ou la contraindre. Mais dès les années 1980, la vigilance de la Commission européenne et des juges nationaux a permis de mettre à jour que certaines dispositions des législations fiscales nationales étaient contraires aux principes du droit de l'Union. C'est la France qui a ouvert le bal en 1986 par un arrêt dans lequel la Cour a jugé que cet État avait enfreint le droit de l'Union en n'accordant pas le bénéfice de l'avoir fiscal aux succursales et agences en France de sociétés d'assurances ayant leur siège dans un autre État membre¹⁵. Cette jurisprudence s'est développée jusqu'à constituer un point de fixation des tensions entre les États membres et la Cour. Pour ne prendre que la France, ont été épinglés par la Cour, pour ne citer que quelques illustrations : les aspects discriminatoires du mécanisme de l'avoir fiscal, l'*exit tax*, les dispositions réservant le bénéfice d'une exonération fiscale aux activités de recherche situées en France. Cette dynamique jurisprudentielle n'est sans doute pas arrivée à son terme.

3/ Quelles limites à l'emprise du droit de l'Union ?

Toutefois, l'emprise du droit de l'Union n'est pas sans limite. Trois bornes peuvent être ici présentées.

En premier lieu, les choix nationaux demeurent souverains ou autonomes dans plusieurs domaines clés de l'action publique, dans lesquels le droit de l'Union ne pénètre pas ou dans lesquels la Cour de justice tempère l'effet des libertés économiques européennes.

¹⁵ CJCE 28 janvier 1986, Commission/France, 270/83

Deux champs sont à part et constituent *le domaine réservé des États membres*.

D'une part, la défense nationale et la politique étrangère. La Cour a reconnu cette souveraine autonomie dans son arrêt Dory, en 2003, à propos de la défense nationale¹⁶. Dans cette affaire, un jeune allemand faisait valoir que le service militaire, en tant qu'il était réservé aux hommes, était contraire au principe d'égalité entre les hommes et les femmes. La Cour a écarté cette argumentation en relevant, dans un considérant de principe, que « le droit de l'Union n'est pas applicable aux choix d'organisation militaire des États membres qui ont pour objet la défense de leur territoire ou de leurs intérêts essentiels. » De la même manière, la Cour a jugé, en témoignant de la même distance, que le traité Euratom n'était pas applicable aux activités nucléaires militaires des États membres¹⁷. Pour la politique étrangère, il en va de même, y compris pour la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union, qui n'est pas justiciable de la Cour de justice. Le traité de Lisbonne ne reconnaît la compétence de la Cour, en ce qui concerne la PESC, que pour les mesures restrictives individuelles par lesquelles l'Union, par exemple, gèle les avoirs financiers d'une personne en raison de ses liens avec un réseau terroriste ou un régime dictatorial.

D'autre part, les régimes obligatoires de sécurité sociale. La Cour juge constamment depuis 1993 que de tels régimes fonctionnent selon un principe de solidarité nationale, qui fait obstacle à ce qu'ils soient analysés comme des « entreprises », au sens du traité, c'est-à-dire des entités économiques actives sur un marché¹⁸. Le droit de la concurrence de l'Union, qui vise à empêcher et sanctionner les manquements aux règles prohibant les ententes ou les abus de position dominante, n'interfère donc pas dans le fonctionnement de ces régimes. Le Tribunal de l'Union européenne et la Cour ont par exemple regardé les activités d'achat de fournitures et d'appareils médicaux par les hôpitaux publics comme indissociables de leurs activités de soin, échappant donc aux contestations d'abus de position dominante¹⁹.

¹⁶ CJCE 11 mars 2003, Dory, C-15/03

¹⁷ CJCE 12 avril 2005, Commission/Royaume Uni, C-61/03

¹⁸ CJCE 17 février 1993 Poucet et Pistre, C-159/91 et C-160/91

¹⁹ CJCE 11 juillet 2006, FENIN, C-205 03 P

Mais il arrive épisodiquement, même dans ces domaines, que le droit de l'Union fasse quelques incursions, sous la houlette de la Cour. Celle-ci a notamment dit pour droit, dans deux arrêts de 1998, qu'une caisse de sécurité sociale d'un État membre ne pouvait subordonner à une autorisation préalable le remboursement de soins de médecine libérale dont son assuré avait bénéficié dans un autre État membre, sans enfreindre le principe de libre prestation de services²⁰. On retrouve donc, même dans un domaine de forte autonomie nationale, la prégnance des principes de liberté et d'égalité.

En deuxième lieu, une autre limite à l'impact de ces principes réside dans leur *conciliation avec des principes d'égale valeur*, notamment les droits fondamentaux des personnes, garantis par les constitutions nationales et les textes du droit de l'Union, notamment la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il va de soi que la Cour n'accorde pas une priorité générale aux libertés économiques. Elle s'efforce, au cas par cas, lorsqu'une telle confrontation juridique se produit, de trouver le plus juste équilibre, en ayant le souci de protéger les principes fondateurs de l'identité des États membres et de ne pas entraver les objectifs d'intégration européenne. La résolution d'une telle équation est ardue et la Cour n'en sort pas toujours indemne.

Deux illustrations. Dans une première affaire, la Cour a admis, au nom de la protection de la dignité humaine, que les autorités allemandes avaient pu interdire l'activité d'une entreprise consistant, dans une sorte de « *laser game* », à « jouer à tuer »²¹. La Cour a fait prévaloir le droit fondamental sur la liberté économique de prestation de services, en notant au passage que la dignité humaine était protégée par la Constitution de la République fédérale. Dans une seconde affaire, il s'agissait pour la Cour d'apprécier, au regard du principe de liberté de prestation de services, la licéité d'une grève de salariés ayant pour but de contraindre une société lettone (Laval), qui avait détaché ses salariés auprès d'une société suédoise de chantiers navals, Baltic, à ouvrir des négociations salariales, pour rapprocher le sort des salariés détachés de Lettonie de la situation du marché du travail suédois. La Cour, tout en reconnaissant le caractère fondamental du droit de grève, a estimé que, dans les circonstances de l'espèce, l'action collective avait porté une atteinte excessive à la libre prestation

²⁰ CJCE 28 avril 1998 Kohll et Decker, C-120/95 et C-158/96

²¹ CJCE 14 octobre 2004, Omega, C-36/02

de services. Le fait que la société suédoise Baltic ait finalement fait faillite, à la suite du conflit social survenu sur le chantier naval, a probablement pesé en faveur de cette solution, dont on sait qu'elle a suscité des critiques dans les milieux syndicaux en Europe.

Une dernière limite aux principes du droit de l'Union, sur laquelle on ne saurait trop insister, réside dans la *prise en considération d'impératifs d'intérêt général*. Le raisonnement de la Cour, dans de très nombreuses affaires, est le suivant : la Cour examine d'abord si la législation nationale critiquée constitue une restriction à la liberté en cause (liberté de prestation de services, liberté des mouvements de capitaux, libre circulation des travailleurs), ce qui est le plus souvent le cas, le propre de toute règle étant d'encadrer et, par définition, de brider les forces du marché ; la Cour vérifie ensuite que la mesure n'est pas discriminatoire et, si ce constat est porté, l'affaire en reste là ; elle s'assure enfin, et c'est à ce stade que se nouent véritablement les échanges contentieux, que des motifs d'intérêt général suffisent à justifier ces mesures et que celles-ci sont bien proportionnées aux objectifs poursuivis. La casuistique n'est pas absente de telles analyses, loin s'en faut, mais des lignes de force se dégagent.

Quels motifs d'intérêt général trouvent le plus d'écho auprès de la Cour ?

Le point de vue ici exprimé est personnel et subjectif mais j'incline à penser que la Cour est plus réceptive aux préoccupations de santé publique et d'environnement qu'aux impératifs d'ordre économique ou financier. On n'arrête pas les libertés économiques au nom d'objectifs économiques ou budgétaires : la liberté économique est présumée contribuer efficacement à la prospérité générale. En revanche, la santé publique, l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement, le maintien de l'ordre public, sont au nombre des buts d'utilité publique dont la Cour admet pleinement les vertus, au point de justifier des restrictions, même fortes, aux libertés économiques garanties par le traité.

Je donnerai un seul exemple, concernant plusieurs États membres dont la France, dans des affaires très remarquées en Europe, concernant le monopole des pharmaciens. La Commission européenne contestait ce monopole dans certains de ses aspects, notamment l'interdiction de détention du capital des officines par d'autres personnes que des pharmaciens. La Cour n'a pas suivi la

Commission. Elle a jugé, conformément aux conclusions de l'avocat général Bot, que les législations nationales italienne et allemande qui étaient alors en cause, qui réservaient le monopole de la détention du capital et de l'exploitation des officines de pharmacie aux pharmaciens, étaient justifiées par des raisons de protection de la santé publique, en soulignant qu'il appartient aux États de fixer le niveau de protection de la santé qu'ils entendent garantir à leur citoyens et la manière dont ils entendent l'atteindre²².

En conclusion de ce rapide survol, je voudrais rappeler une évidence : la Cour n'agit, comme toute juridiction, que lorsqu'elle est saisie et dans les limites de cette saisine. Elle n'a pas d'agenda de politique jurisprudentielle dont elle fixerait les échéances et orienterait le cours.

Respecte-t-elle l'identité nationale des États membres? J'ai entendu cette interrogation chez un de mes collègues du Conseil d'État, qui s'étonnait que la Cour ait pu récemment remettre en cause certains aspects du régime juridique des établissements publics industriels et commerciaux. Le Tribunal de l'Union a en effet jugé, par un arrêt du 20 septembre dernier, concernant la Poste, que les avantages du statut d'EPIC, excluant la faillite et atténuant le risque d'insolvabilité, constituaient des aides d'État sous forme d'une garantie implicite, incompatible avec le marché intérieur. Le Tribunal a estimé que la France ne pouvait tirer argument du principe de neutralité du droit de l'Union à l'égard du régime de propriété dans les États membres.

Quelle conception avons-nous de l'identité de la France dans l'Europe d'aujourd'hui?

Si cette identité est perçue comme étant, pour l'essentiel, ancrée dans des modalités d'intervention économique ébranlées par les principes de liberté et d'égalité du droit de l'Union, elle risque de pâtir des dynamiques européennes impulsées de Bruxelles.

Si cette identité est républicaine, comme il sied à votre fondation, alors elle trouvera des échos auprès de la Cour de justice. La Cour a en effet considéré il y

²² CJUE 19 mai 2009, Commission/Italie et Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-531/06 et C-171/07

a deux ans que l'Autriche, parce qu'elle est une République, pouvait, sans enfreindre le droit de l'Union, refuser à une de ses citoyennes de sang bleu, la princesse Sayn-Wittgenstein, et ayant fait usage de sa liberté de circulation, l'inscription à l'état civil autrichien de son titre nobiliaire (titre qu'elle utilisait en Allemagne, son pays de résidence)²³. L'esprit républicain n'est pas étranger aux juges de Luxembourg!

Je vous remercie de votre attention.

ALAIN DEJAMMET

Nous allons maintenant écouter M. Jean-Éric Schoettl, Conseiller d'État, ancien Secrétaire général du Conseil constitutionnel, qui va commenter ces trois interventions et, peut-être, nous apporter sa réponse à la question posée par M. Sajust de Bergues : Sommes-nous satisfaits de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg ?

JEAN-ÉRIC SCHOETTL

Souveraineté populaire et juges européens

Je vous remercie.

Les exposés qu'on vient d'entendre permettent de mesurer l'importance du rôle de la CJUE (et du droit en général) dans la construction européenne.

Ils mettent en relief une réalité sous-estimée par un commentaire politique qui (surtout en ces jours de marathon sur les perspectives budgétaires) valorise soit les autres pouvoirs européens (Commission et Parlement), soit la coopération (ou la bagarre) intergouvernementale, mais néglige le pouvoir juridictionnel et le caractère prégnant de la dimension juridique, pourtant centraux en Europe.

²³ CJUE 22 décembre 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09

De ces présentations autorisées du rôle de la Cour de justice, je tirerais, à titre purement personnel, les six idées suivantes que je livre au débat.

1) Le droit de l'Union européenne ne se réduit plus, depuis longtemps, à un droit économique.

Comme l'a rappelé Géraud Sajust de Bergues, il a investi depuis longtemps les questions de justice et de police, la lutte contre les discriminations, l'entrée et le séjour des étrangers, les relations du travail, les traitements de données personnelles, l'environnement, la propriété intellectuelle etc.

De plus, même à défaut de base légale explicite dans les traités, diverses matières ont été attirées dans le droit communautaire en raison de leurs interférences avec la libre circulation des marchandises, des services et des capitaux. Je pense à la fiscalité, avec les directives TVA ou, comme nous l'indiquait Stéphane Gervasoni, à l'impôt fiscal ou à l'*exit tax*.

De même, la sauvegarde de la concurrence intracommunautaire est d'interprétation large, remettant en cause la plupart des interventions économiques de l'État et des collectivités territoriales. Se sont continument durcies, au travers des textes et de la jurisprudence, les conditions de fond et de procédure auxquelles sont assujetties les aides publiques, notion d'interprétation elle-même extensive, à l'origine des nombreux et difficiles contentieux qui, comme on a vu, mobilisent toute l'énergie et le talent de Géraud Sajust de Bergues.

Ce pouvoir attractif du droit de l'Union, y compris dans les matières du « troisième pilier », relativise la révérence nominalement gardée envers les matières demeurées dans le sanctuaire des compétences nationales. À cet égard me paraît une vue de l'esprit toute théorique la « neutralité » du droit de l'Union à l'égard du mode d'appropriation des moyens de production. Un État membre qui nationaliserait son industrie se mettrait par construction en contravention avec le marché unique et violerait plusieurs droits fondamentaux de l'Union...

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, fait partie intégrante du droit de l'Union la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont le champ d'application va au-delà de celui de la Convention européenne de

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), puisqu'il comprend les droits dits de la troisième génération (bioéthique, droits de l'enfant, accès aux documents administratifs, pétition, environnement..).

Dès avant cela, la Cour de justice appliquait la CEDH (et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg), incorporée depuis lors explicitement dans le TUE (art 6 § 2²⁴), ainsi que les principes généraux du droit de l'Union (inspirés des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'État français, eux-mêmes proches parents des droits et libertés constitutionnels).

Le champ investi par le droit de l'Union et ses juges s'est donc doublement étendu depuis le traité de Rome :

- quant aux matières (expansion horizontale),
- quant au référentiel (expansion verticale, ne jouant en théorie que dans les domaines investis par le droit de l'Union, mais c'est déjà beaucoup, puisque cela comprend tout acte national intervenant dans une matière touchée par ce droit).

Or cette extension en surface et en profondeur du droit de l'Union, par rapport aux règles originelles du marché commun, est largement ignorée de nos concitoyens et n'est pas véritablement connue des politiques.

Il y a là plus qu'un malentendu : un fossé d'incompréhension.

Cela, à soi seul, interpelle un démocrate.

2) Deuxième idée : le droit de l'Union prévaut sur tous les textes de droit interne, y compris constitutionnels.

²⁴ L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire

Dès 1964, un arrêt Costa c/ Enel fait la théorie de cette primauté du droit européen (alors « communautaire ») sur le droit interne.

Pour en mesurer pleinement la portée, il faut citer intégralement son considérant central :

« A la différence des traités internationaux ordinaires, le traité (alors de Rome) a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres [...] et qui s'impose à leur juridiction. En instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États, ceux-ci ont limité leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes. Le droit du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-mêmeLe transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté ».

Soulignons que ce principe de *primauté du droit de l'Union*, création à l'origine jurisprudentielle, fut le principal problème qu'eut à régler le Conseil constitutionnel en 2004 avec le « traité établissant une Constitution pour l'Europe », celui-ci gravant le principe de primauté dans le marbre des traités. Si elle n'est plus explicitement énoncée dans le corps même du traité de Lisbonne, la primauté du droit de l'Union n'en figure pas moins dans une déclaration annexée à ce traité (déclaration n° 17). Surtout, il demeure la règle cardinale de ce droit, constamment appliquée tant par les organes de l'Union que par les juges nationaux.

Il faut bien comprendre que le « droit de l'Union » qui prime tout texte de droit interne, ce n'est pas seulement le « droit primaire », celui des traités (TUE, TFUE). Ce sont aussi les règlements, décisions cadre et directives, c'est-à-dire la masse imposante du droit dérivé.

Ce droit est touffu, complexe, technique, dispersé, mal « consolidé », non codifié. Fin 2007, il couvrait 100 000 pages du JOCE selon les chiffres de la Commission. Son manque de lisibilité doit beaucoup à la multiplicité des intervenants, officiels et officieux.

Les appels à contributions, s'ils se réclament de la transparence et de la participation de la société civile, font une large place aux lobbies, économiques ou idéologiques. Ceux-ci opèrent, fort efficacement, dans les coulisses de l'Union. 5000 étaient accrédités auprès du Parlement européen en 2008. Il y aurait en tout 15000 de ces groupes de pression.

Les États membres tombent souvent dans les pièges d'une négociation dont ils évaluent mal l'impact.

Le contrôle par les parlements nationaux des actes de l'Union est bien formel, pour ne pas dire platonique, au moins en France.

Or le droit issu de ce processus est impératif, supérieur à tout texte interne et d'effet direct.

C'est même vrai des directives puisque, passé le délai de transposition, sont d'effet direct les prescriptions précises et inconditionnelles des directives (Van Duyn 1974), ce qui est fréquent car les directives sont souvent rédigées de façon détaillée.

3) Troisième idée : la CJUE joue un rôle d'autant plus crucial que l'Europe se construit par le droit et que l'effectivité de ce droit est déléguée aux États et non à des administrations fédérales (en mettant à part la BCE).

Il faut donc un chien de garde pour veiller à ce que les administrations et juridictions nationales délégataires « transposent » ce droit, puis l'appliquent, correctement et uniformément.

La nécessité d'assurer au droit de l'Union son effectivité et son unité oblige la CJ (et donc les juridictions nationales) à gommer les particularités nationales, en ignorant par exemple le partage public/privé correspondant à la culture de chaque pays membre, ce qui, dans le cas de la France, place nos établissements

publics en état de sursis et nous oblige à nous raccrocher, pour justifier les aides publiques, à la branche fragile des prestations « *in house* »²⁵. Et, on nous l'a dit, il en est de même de la notion d'autorité publique qui a tendance à être confinée au strictement régalien par la Cour de Luxembourg.

Le rôle de la CJUE dans la construction du droit européen est décisif. Sa jurisprudence est proluxe, les « grands arrêts »²⁶ se déclinant ensuite au travers de jurisprudences de plus en plus fines.

Hubert Legal nous a expliqué il y a un instant que le « temps des feux de camp scouts » était passé, que la page de l'époque héroïque (les quinze années séparant les arrêts Van Gend en Loos et Simmenthal) était tournée, que la Cour s'était assagie, que le consensus juridique européen s'en tenait désormais aux compétences d'attribution et donnait toute leur valeur aux principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Il reste que les feux de camp s'entretiennent de leur propre substance et qu'on les a alimentés dans la période récente de nouveaux combustibles (Charte des droits fondamentaux, justiciabilité de l'ancien troisième pilier, police budgétaire).

Le « temps de la fronde » est-il révolu ? Sans doute, mais seulement parce que les coups d'audace des années 70 sont devenus la *doxa* commune, intériorisée par les autorités et juridictions nationales, qui par zèle, qui par résignation.

Cette jurisprudence des quinze années héroïques prolonge ses effets bien au-delà des arrêts fondateurs.

Elle a fait produire le plus de conséquences possibles à des principes dégagés par le juge lui-même, sans base textuelle explicite :

²⁵ Teckal, 18 novembre 1999

²⁶ Van Gend en Loos (1963), Costa c/ Enel (1964), Internationale Handelsgesellschaft (1970), Franz Grad (1970), Simmenthal (1978), Altmark (2003)

- Primauté (toute norme nationale contraire au droit de l'Union doit être écartée par toute autorité nationale ou européenne, politique, administrative ou juridictionnelle),

- Effet direct (dès lors qu'il est assez précis, et sauf pour les directives au cours du délai de transposition, le droit de l'Union est invocable par les personnes intéressées, sans besoin d'intermédiation nationale),

- Effet utile (l'absence de base légale d'une mesure en droit de l'Union est couverte par le fait qu'elle permet la réalisation d'un objectif de l'Union),

- Théorie des « compétences implicites » (voir à cet égard l'arrêt AETR de 1971 qui, à défaut de base légale explicite, fonde les relations extérieures de la Communauté, dans tout domaine relevant de ses compétences internes, sur la nécessité de faire produire un effet utile à ces dernières, notamment en empêchant les États membres de conclure séparément avec des États tiers des accords dérogeant au droit communautaire).

L'incidence de cette jurisprudence est considérable sur les droits que particuliers et personnes morales peuvent tirer du droit primaire comme du droit dérivé, qu'on pense :

- aux déclinaisons infinies de la liberté de circulation, d'établissement et de prestation (avec l'arrêt « Cassis de Dijon » de 1979 et la notion de reconnaissance mutuelle, qui ont joué, dans la réalisation du marché intérieur, un rôle probablement plus grand que le droit dérivé)

- ou à la responsabilité de l'État à l'égard des particuliers pour violation du droit de l'UE (qui s'ajoute aux amendes prononcées pour manquement et aux remboursements d'aides d'État euro-incompatibles), le tout se chiffrant en 2012 pour la France en milliards d'euros...

Notons au passage que la possibilité de mettre en cause la responsabilité d'un État membre à l'égard de particuliers pour manquement au droit communautaire est une construction prétorienne (Francovich c/ Italie, 1991 ; Factortame 1996).

La CJUE (moins cependant que la CEDH) sait en effet se montrer « prétorienne ».

Elle le fait d'autant plus que son critère d'interprétation du droit de l'Union est finaliste (téléologique nous a dit Hubert Legal).

Elle l'a fait depuis longtemps en matière d'accès aux professions. Ainsi, dans un arrêt "Kreil" du 11 janvier 2000, la Cour tranche la question de savoir si le respect de l'égalité de traitement entre hommes et femmes imposé par une directive du Conseil s'oppose à l'application des dispositions constitutionnelles excluant les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes. La Cour juge que : "*la directive s'oppose à l'application de dispositions nationales, telles que celles du droit allemand, qui excluent d'une manière générale les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes.*"

Or, précisément, l'arrêt Kreil (qui n'est pourtant pas un arrêt de la période héroïque) intervient dans un domaine – les choix en matière de défense - dont Stéphane Gervasoni nous a dit qu'il demeurait dans la compétence exclusive des États membres... C'est sans compter sur le pouvoir attractif du droit de l'Union, ni sur la « capillarité » des matières.

Autre exemple récent, en matière d'immigration cette fois, auquel Stéphane Gervasoni a fait allusion.

La CJ a jugé en 2011²⁷ que la « directive retour » de décembre 2008²⁸ *serait privée d'effet utile* si une garde à vue, qui relève de la procédure pénale, était possible contre un étranger en situation irrégulière, sans avoir épuisé au préalable les procédures d'éloignement prévues par cette directive.

Or la garde à vue était, en France, la première étape de l'éloignement et n'était pas accompagnée de poursuites pénales. C'était donc la condition objective de la

²⁷ El Dridi c/ Italie, 28 avril 2011 ; Achugbaban c/ France, 6 décembre 2011

²⁸ Directive du Parlement européen et du Conseil 16 décembre 2008 sur les normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

mise en œuvre des procédures de reconduite voulues par la directive...et d'elles seules, puisqu'il n'y avait pas de condamnation...

Pour se conformer à cet arrêt, dont la logique est (pour reprendre la formule de Hubert Legal à propos d'une autre affaire) assez « circulaire », et que personne n'avait prévu²⁹, il a fallu inventer une « retenue » ayant toutes les caractéristiques objectives de la garde à vue, sans en porter l'étiquette : solution à la fois compliquée et hypocrite. Comment faire autrement ?

On compare parfois les pouvoirs de nos deux cours supranationales - Luxembourg et Strasbourg - à celui de cours constitutionnelles.

Mais ce pouvoir est en vérité plus grand. Si la majorité des 3/5 des suffrages exprimés est atteinte au Parlement français, une jurisprudence du Conseil constitutionnel peut être anéantie par une révision de la Constitution. Le Représentant recouvre son empire sur le Juge. On l'a vu pour la parité hommes femmes en 1999 et 2008, demain peut-être pour la Charte des langues minoritaires ou le droit de vote des étrangers.

Un tel « lit de justice » n'existe pas pour surmonter les arrêts de Luxembourg ou de Strasbourg... Le Représentant européen, qu'il soit intergouvernemental (Conseil) ou supranational (Parlement), n'aura jamais barre sur la Cour de justice.

4) Quatrième observation : toutes les juridictions nationales sont gardiennes du droit de l'Union. Elles deviennent donc fonctionnellement des « organes supplétifs » de la CJUE. « Supplétif » est d'ailleurs un mot faible : depuis belle

²⁹ L'analyse faite par la Cour de Luxembourg, vite suivie par la Cour de cassation, a obligé la France en 2012 à d'importantes modifications de l'incrimination de séjour irrégulier et à une redéfinition des procédures relatives au contrôle et à la vérification de la régularité de séjour, propres à assurer, dans le cadre d'une contrainte proportionnée, la mise en œuvre des procédures administratives d'éloignement. Dans la pratique, il ne s'agit (comme l'ancienne garde à vue) ni plus ni moins que de retenir l'intéressé dans un local policier avant son éventuel transfert en centre de rétention administrative. L'effet concret de cet arrêt en matière de libertés doit donc être relativisé. Seule a véritablement changé l'étiquette juridique apposée sur la « retenue » d'un étranger en situation irrégulière dans un commissariat...

lurette, le juge national est, comme nous l'a rappelé Géraud Sajust de Bergues, le juge communautaire de droit commun.

Le juge français fait prévaloir le droit européen sur la loi même postérieure (le Conseil d'État français ayant « fait de la résistance » à cet égard jusqu'à l'arrêt Nicolo de 1989).

Les juridictions nationales posent des questions préjudicielles à la CJUE en cas de doute sur la portée du droit de l'Union, mais écartent d'elles-mêmes les normes nationales, y compris législatives, lorsqu'elles leur paraissent « clairement contraires » au droit de l'Union.

C'est ainsi, pour ne donner que ces deux exemples glanés dans l'actualité juridique, que la juridiction administrative :

- neutralise comme contraire aux principes communautaires une arme aussi stratégique que l'article 155 A CGI qui permettait de déjouer des schémas d'évasion fiscale consistant à créer à l'étranger une société ad hoc, contrôlée par le contribuable, facturant les services rendus par celui-ci en France (CAA Paris 11 octobre 2012) ;

- ou juge illégale telle compensation d'obligations de service public, dans le domaine des transports, comme assimilable à une aide et n'ayant pas été notifiée à la Commission (CE, 23 juillet 2012, Région Ile de France).

Les exemples sont légion, surtout pour les matières du premier pilier, singulièrement pour les « aides de l'État ».

Les juridictions judiciaires ne sont pas en reste. Un exemple entre cent : la Cour de cassation vérifie que les contrôles à la frontière, même motivés par une urgence de la lutte contre la criminalité organisée, ne sont pas un succédané du contrôle aux frontières à l'intérieur de l'espace Schengen.

5) Cinquième idée : les États membres sont schizophrènes à l'égard de la CJUE, pestant contre tel arrêt, mais étendant constamment ses pouvoirs, sans doute par besoin de règle.

Ainsi, avec le traité de Maastricht, ils ont renforcé le pouvoir juridictionnel de la CJUE (notamment avec le "recours en manquement sur manquement", permettant à la Commission, en cas de manquement répété, de demander à la cour de condamner l'État à une astreinte)

Avec le traité de Lisbonne, ils étendent son contrôle à l'ancien troisième pilier et les critères de ce contrôle, toutes matières confondues ou presque, à la Charte européenne des droits fondamentaux : l'extension se réalise, je l'ai dit, à la fois en surface et en profondeur.

Plus récemment, ils lui confient un pouvoir de police en matière budgétaire. Sur le fondement du TSCG (traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire), la CJUE pourrait par exemple adresser des injonctions à la France ou la mettre à l'amende, si, saisie par un autre État membre, elle jugeait que le mécanisme automatique de correction des déficits budgétaires que nous avons mis en place avec la récente loi organique du 17 décembre 2012, relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques, était insuffisant au regard des exigences de l'article 3 de ce traité...

L'attitude des politiques fait parfois penser au silence des agneaux. Ainsi, tel illustre négociateur français de l'avant-projet de traité « portant Constitution pour l'Europe » n'avait perçu ni la « justiciabilité », ni la portée normative de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne annexée à ce projet (et qui l'est dans les mêmes termes au traité de Lisbonne), assurant qu'il s'agissait d'un simple « document d'orientation ».

6) Dernière idée : ce rôle déterminant du juge, au niveau européen, fait bouger les lignes de la séparation des pouvoirs.

Ce n'est pas seulement :

-la souveraineté nationale qui se trouve minorée face à des instances supranationales,

- mais la souveraineté populaire, incarnée par des hommes politiques élus (qu'ils soient nationaux ou supranationaux), ou par des exécutifs responsables

devant les élus, qui doit plier, plus encore que dans le cadre national, devant le pouvoir du juge.

En utilisant une méthode d'intégration qui n'est ni intergouvernementale, ni fédérale, l'Europe majeure inévitablement la puissance du juge, qu'il soit national ou supranational, dans des domaines divers, qui peuvent être intensément régaliens.

C'est ainsi que le droit pénal est traité au niveau de l'Union.

Il peut l'être notamment par des directives établissant « des règles minimales » en application de l'art 82 § 2 TFUE. Une directive de ce type est en cours d'élaboration qui régirait, de façon très protectrice, la garde à vue et l'intervention de l'avocat³⁰

Ce droit pénal intégré a déjà donné lieu à une jurisprudence « constructive ». Ainsi, dans son arrêt San Jorge du 5 septembre 2012, la Cour de justice pose le principe selon lequel un État membre ne peut réserver à ses seuls ressortissants nationaux le bénéfice de la non-exécution d'un mandat d'arrêt européen en vue de procéder à l'exécution sur son territoire d'une peine d'emprisonnement prononcée dans un autre État membre.

³⁰ Ont été déjà adoptées, pour ne citer que des instruments prochainement appelés à transposition par la loi, la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil ; la directive 2010/64/UE du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales ; la directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil ; la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès ; la décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité ; la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne

Les restrictions de souveraineté résultantes, qui s'ajoutent aux effets de la jurisprudence de la CEDH, peuvent être considérables.

Le droit de l'Union c'est d'abord et avant tout ce que décide la CJ, et son processus de décision, fondé sur un raisonnement à la fois juridique et finaliste, conduit nécessairement à des solutions abstraites et inflexibles.

Comme l'a exposé ailleurs Hubert Legal :

« Voir la Cour décliner la règle donne nécessairement un résultat plus abrupt, sinon aveugle, que ce que produirait une négociation entre États, laquelle aboutirait à la mise en place de dérogations et d'exceptions. Même socialement justifiées, ces dérogations et exceptions ne se déduisent pas d'un raisonnement de droit destiné à déterminer les effets attendus d'un principe. »

Telle est en effet la nature profonde de la construction de l'Europe par le droit. Je cite encore H. Legal :

« Quelle est la source de toute interprétation autorisée des traités de l'Union et des règles qui s'y appliquent ? C'est la Cour de justice, détentrice du pouvoir d'assurer le respect du droit dans l'interprétation des traités. Elle est le fondateur, le prophète. »

Il y a un aspect presque mystique dans cette foi dans le droit comme projet et non plus seulement comme moyen du vivre ensemble, dans ce rôle de démiurge confié au juge, chargé d'insuffler une vie propre au limon des traités.

Qu'on permette à votre serviteur, qui croit profondément au droit, qui ne le réduit pas à un simple instrument de la vie collective et qui lui a consacré la majeure partie de son existence professionnelle, de confesser ici sa gêne et son trouble devant ce mysticisme juridique.

Le droit, fût-il celui qui cimente l'intégration européenne, a-t-il cette transcendance, cette force transfiguratrice ? N'est-ce pas trop lui demander ? N'est-ce pas risquer de le rendre soit vain, soit absolutiste ? Peut-on impunément confier à des juridictions intouchables la formidable responsabilité

de donner corps et force contraignante à des principes sans doute nobles, mais flous ? L'idéal européen peut-il être accouché « *au forceps* » par un juge et même par deux (tel l'Homme nouveau, jadis, par la Révolution) ? Une Cour de justice peut-elle tenir lieu, pour progresser dans l'intégration, d'Europe politique ? La polysynodie juridictionnelle (Luxembourg, Strasbourg et les juges nationaux, constitutionnels et ordinaires), le fameux « dialogue des juges », ne conduisent-ils pas à la surenchère plutôt qu'à la modération réciproque ? L'intégrisme juridique peut-il longtemps faire bon ménage avec le sentiment des peuples que traduisent tôt ou tard les consultations démocratiques ?

Cette conception sublimée du droit sacrifie souvent le principe de réalité à des impératifs catégoriques parfois bien éloignés des problèmes quotidiens et des enjeux concrets.

C'est beaucoup plus vrai encore du système juridique de la CEDH (qui s'impose à et dans l'Union).

Aussi la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a-t-elle entraîné jusqu'ici de plus fortes et imprévisibles atteintes que celle de la CJUE aux souverainetés nationales.

Pensons aux constructions audacieuses de la jurisprudence de la CEDH, édifiées sur des notions dont le bref énoncé écrit n'avait sûrement pas pareille portée dans l'esprit des signataires (novembre 1950), lesquels sortaient des abominations de la seconde guerre mondiale et n'imaginaient sûrement pas de tels développements :

- Il en est ainsi de la notion de « procès équitable » (art 6 Convention) qui, pour la Cour, s'étend en amont du procès (garde à vue) et à des procédures qui ne sont pas des procès civils et pénaux (le contrôle de la Cour ne s'arrêtant ni au caractère disciplinaire ou administratif, et non juridictionnel, de la procédure de sanction, ni au seuil des cours constitutionnelles) ; avec la condamnation presque systématique des lois de validation ; avec des exigences toujours plus strictes en matière d'« égalité des armes » (la Cour bannissant par exemple du

délibéré, même s'ils s'y tiennent cois, rapporteurs et ministère public³¹ ; ou remettant en cause le parquet français);

- Il en est encore ainsi de la jurisprudence sur la vie privée (art 8), dont la protection commande le droit au rapprochement familial (avec des effets considérables sur les législations et les jurisprudences des États membres en matière migratoire) ou qui voit, dans des mécanismes du type Tracfin, une « ingérence » interdite aux États, même dans le cadre de la lutte contre le grand banditisme, s'agissant des activités constituant le « cœur de métier » des avocats (Michaud c/ France, 6 décembre 2012);

- Ou du « principe d'autodétermination de la personne », que la Cour tire aussi du respect de la vie privée, et qui fonde le « *droit de chacun de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence* » (Haas, 2011 ; Koch, 2012) ;

- ou de la notion de liberté d'opinion et de croyance (art 9), dont la Cour a tiré un droit à l'objection de conscience au service militaire (7 juillet 2011, Bayatyan) ;

- ou de la notion de « bien », objet du droit de propriété, qui a été étendue à des objets immatériels tels qu'une espérance raisonnable de se voir reconnaître un droit (jurisprudence récurrente) ;

- ou de la notion de « *liberté de se porter candidat à une élection* » (article 3 du protocole n° 1), sur le fondement de laquelle la Cour censure par exemple une législation sur les élections parlementaires qui, ayant imposé une obligation de cautionnement et un recueil de 5000 signatures de soutien pour enregistrer les partis politiques se présentant aux élections, a été adoptée un mois avant le scrutin, délai jugé insuffisant (Ekoglasnost, 6 nov 2012).

Plus troublante que le contenu de ces solutions (dont certaines conviennent à votre serviteur sur le plan philosophique ou moral, là n'est pas la question) est

³¹ Voir notamment *Martinie c/ France* du 12 avril 2006

leur portée intangible et intemporelle, expression d'un Bien indiscutable, s'imposant aux États et aux peuples.

Pose problème aussi l'approche de la Cour de Strasbourg, qui consiste à faire masse des circonstances et des règles nationales, pour porter une appréciation globale sur le caractère proportionné d'une « ingérence » perpétrée par un État contre un droit fondamental. Les droits subjectifs se voient ainsi protégés par une appréciation subjective, mêlant le fait et le droit. D'où des arrêts qu'il est difficile d'anticiper et dont il est ardu de tirer les conséquences au niveau de la législation.

Le droit de la CEDH, à 99% jurisprudentiel, conçu à l'origine comme un standard minimal (bannir la torture), est devenu une sorte de sommet irénique, inaccessible à beaucoup d'États membres dans beaucoup de cas, et plus inaccessible encore aux justiciables ordinaires³².

Les jugements rendus par nos deux cours suprêmes européennes, Luxembourg et Strasbourg, conduisent objectivement – parce que c'est l'ADN de ce droit individualiste et abstrait dont le seul interprète est le juge - à faire prévaloir, dans beaucoup de domaines, les intérêts personnels sur l'intérêt général, la concurrence sur la régulation, le marché sur le service public, les agents économiques sur les citoyens et les revendications des particuliers et des minorités agissantes sur le pacte social et sur l'ordre public.

Ne soyons pas caricaturaux. Il existe des secteurs du droit de l'Union où prévaut une conception de l'organisation collective proche des traditions social-démocrates. Ainsi, pour les conditions et les relations du travail, il existe des directives protectrices qui chagrinent nos amis britanniques ; ou pour l'égalité homme femme et la lutte contre les discriminations.

La tradition française du service public n'est pas non plus absente du droit de l'Union et de la jurisprudence de la CJUE avec la notion de « service d'intérêt

³² Il est troublant à cet égard que les parties aux procès strasbourgeois soient plus souvent des procéduriers aguerris que des victimes d'exactions et que les États condamnés soient plus souvent la France ou le Royaume-Uni que d'autres membres du Conseil de l'Europe, arrivés beaucoup plus tardivement et surtout plus incomplètement dans le cercle des États de droit.

économique général » qui a fait l'objet d'un protocole spécial dans le traité de Lisbonne.

Enfin l'impérium du juge est au diapason à la fois de la tradition germanique et de la *common law*, quoique le fondement traditionnel de l'action soit différent dans l'une et l'autre tradition (*cause of action* en *common law*, droits subjectifs pour le juge allemand).

Ces sources d'inspiration sont diverses, pour ne pas dire disparates : principalement libérale, mais imprégnées du culte des droits fondamentaux, en partie liées au modèle du *Welfare State* du nord de l'Europe et faisant quelques concessions (mais on peut avoir des inquiétudes à ce sujet en écoutant Stéphane Gervasoni) à la notion française d'autorité publique et de motifs d'intérêt général justifiant l'intervention publique...

Il en résulte des tensions, dont le juge, et lui seul, détient la clé. À lui, et non pas au politique, de fixer le curseur. C'est bien cela qui fait problème.

Ce qui suscite le malaise, c'est ce déplacement de puissance souveraine vers des organes juridictionnels, dont les arrêts s'imposent sans recours et de façon permanente, hors de tout débat démocratique concret, loin des peuples et de leurs représentants.

À tout prendre, ce transfert de souveraineté des peuples et de leurs représentants vers les juges, ce déplacement du débat des enceintes démocratiques vers les salles d'audience, m'interpelle plus que le caractère supranational de ces instances ou que la teneur des solutions retenues³³.

Je vous remercie.

³³ Dont toutes, il est vrai, ne portent pas la marque de la « post-modernité », dont certaines sont même raisonnables – je pense à certains sujets sociétaux –, s'inclinant devant la marge d'appréciation qui revient aux autorités nationales (par exemple pour l'accouchement sous X : CEDH, Odièvre c/ France, 13 février 2003)

Débat final

ALAIN DEJAMMET

Ce dernier propos était une illustration, sur le terrain juridique, de certaines observations faites lors du précédent colloque sur le déboulé irrésistible, vers l'hyperindividualisme exacerbé, conforté, peut-être, ici, par les sentiments des juges. L'intervention de M. Schoettl constitue la parfaite articulation entre ce que nous avons entendu il y a trois semaines sur « Occident et mondialisation » et le terrain juridique où se situent aujourd'hui les débats.

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT

Je veux remercier Alain Dejammet qui a organisé ce débat.

Nous avons écouté quatre interventions extrêmement brillantes. À ma connaissance, il n'y a pas eu, dans le débat public, de réunion posant la question du rôle de la Cour de justice de l'Union européenne comme nous le faisons ce soir. Nous avons peu parlé de la Cour européenne des droits de l'homme mais sa référence est désormais intégrée dans la jurisprudence de la CJUE.

Ce débat est d'autant plus intéressant que le rôle de la Cour est tout à fait sous-estimé. Nos concitoyens n'ont absolument pas conscience de la façon dont l'Europe se construit, par le droit.

Que faisait le Général De Gaulle le soir du 15 juillet 1964, quand fut pris l'arrêt *Costa c/ Enel*³⁴ ... et dans les cinq ans qui suivirent ? Cela montre que la conscience même du rôle du droit européen chemine dans nos esprits à la vitesse de l'influx nerveux chez les iguanodons dont on pouvait couper la queue en rondelles et qui ne se retournaient qu'au moment où on leur coupait l'oreille.

³⁴ Dans l'arrêt *Costa contre Enel* du 15 juillet 1964, la Cour déclare que le droit issu des institutions européennes s'intègre aux systèmes juridiques des États membres qui sont obligés de le respecter. Le droit européen a alors la primauté sur les droits nationaux. Ainsi, si une règle nationale est contraire à une disposition européenne, les autorités des États membres doivent appliquer la disposition européenne. Le droit national n'est ni annulé ni abrogé mais sa force obligatoire est suspendue.

Nous semblons, en Europe, frappés par un syndrome analogue. Vous connaissez le destin tragique des dinosaures...

En tant qu'homme politique, j'ai ressenti assez tôt la difficulté qu'il y avait à défendre un « plan machine-outil » ou un « plan textile³⁵ ». J'étais ministre de la Recherche et de l'Industrie, nous étions en 1982 et, déjà, « Bruxelles » s'opposait à ce que nous intervenions pour venir au secours de notre industrie. Certes, ce plan avait été élaboré un peu sommairement mais il existait. Nous aurions pu en faire quelque chose de plus performant mais on nous aurait d'autant plus opposé le principe de la concurrence que celui-ci allait se voir reconnaître un rôle directeur par l'Acte unique³⁶, fondement des politiques de dérégulation en Europe continentale. On désigne souvent Mme Thatcher et M. Reagan comme les « prophètes » du néolibéralisme mais celui-ci s'est appliqué presque par consentement mou et « non dit » à toute l'Europe continentale à partir de 1987, date à laquelle l'Acte unique est entré en vigueur. Il s'ensuivit plusieurs centaines de directives. J'étais ministre de la Défense lorsque parut la directive sur la libération des mouvements de capitaux³⁷. Je la découvris en conseil des

³⁵ Dans le cadre de l'effort national de soutien des industries en difficulté, une série de plans sectoriels est lancée à partir de 1982.

³⁶ Acte unique européen signé à Luxembourg le 17 février et à La Haye le 28 février 1986 et entré en vigueur le 1er juillet 1987 :

Article 130 F

1. *La Communauté se donne pour objectif de renforcer les bases scientifiques et technologiques de l'industrie européenne et de favoriser le développement de sa compétitivité internationale.*

2. *A cette fin, elle encourage les entreprises, y compris les petites et moyennes entreprises, les centres de recherche et les universités dans leurs efforts de recherche et de développement technologique ; elle soutient leurs efforts de coopération, en visant tout particulièrement à permettre aux entreprises d'exploiter pleinement les potentialités du marché intérieur de la Communauté à la faveur, notamment, de l'ouverture des marchés publics nationaux, de la définition de normes communes et de l'élimination des obstacles juridiques et fiscaux à cette coopération.*

3. *Dans la réalisation de ces objectifs, il est spécialement tenu compte de la relation entre l'effort commun entrepris en matière de recherche et de développement technologique, l'établissement du marché intérieur et la mise en œuvre de politiques communes notamment en matière de concurrence et d'échanges.*

³⁷ Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité.

Article premier

1. *Les États membres suppriment les restrictions aux mouvements de capitaux intervenant entre les personnes résidant dans les États membres...*

ministres où je fus le seul à m'élever contre cette mesure dont j'étais tout à fait conscient qu'elle allait créer les conditions d'un rapport totalement déséquilibré entre le capital et le travail. C'est ce qu'on appelle le néolibéralisme, avec comme conséquences les délocalisations, les transferts d'activités, tout ce que nous connaissons aujourd'hui.

La Cour de justice de l'Union européenne peut, à juste titre, arguer qu'elle ne fait que mettre en œuvre les traités. Mais elle va beaucoup plus loin. Vous nous avez expliqué que la Cour de justice prétend appliquer les « principes » des traités (dont les fameuses « quatre libertés »).

À propos du principe de non-discrimination, je m'interroge en vous écoutant. Désormais, la fonction publique de chaque État, surplombée par le droit européen, « *ne peut pas ne pas* » recruter les ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne (ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen). Combien ai-je entendu d'éminents juristes (dont tel directeur de cabinet d'un Premier ministre) prévenir : « Vous ne pouvez pas aller dans ce sens parce que je sais déjà que la Commission va prendre une décision ... » ou : « La jurisprudence de la Cour de justice est ainsi faite que vous ne pouvez pas proposer ceci ou cela !... »

J'observe certaines *contradictions*. La Défense est en principe en dehors de ce principe de non-discrimination. Mais j'ai entendu tout à l'heure qu'un arrêt précise que, dans l'armée allemande, les femmes peuvent accéder à tous les emplois (et pas seulement dans la musique militaire)³⁸. Pourquoi pas ? Mais j'observe que des arrêts vont dans le sens contraire, validant, par exemple, la législation allemande qui réserve le service militaire aux seuls hommes³⁹.

³⁸ CJCE 11 janvier 2000, Kreil, C-285/98 : La Cour a jugé contraire aux principes de liberté et/ou de non-discrimination la disposition de la Constitution allemande faisant obstacle à ce que les femmes accèdent à tous les emplois dans les forces armées.

³⁹ En revanche, dans une affaire (CJCE 11 mars 2003, Dory, C-15/03.) où un jeune allemand faisait valoir que le service militaire, en tant qu'il était réservé aux hommes, était contraire au principe d'égalité entre les hommes et les femmes, la Cour a écarté cette argumentation en relevant, dans un considérant de principe, que « le droit de l'Union n'est pas applicable aux choix d'organisation militaire des États membres qui ont pour objet la défense de leur territoire ou de leurs intérêts essentiels. » (voir St. Gervasoni, dans « *L'encadrement du pouvoir régulateur des États membres par le droit de l'Union : jusqu'où va la Cour de justice de l'Union européenne ?* », ci-dessus).

Donc, comme je le soupçonnais, *il n'y a pas de vrais principes*. Il y a des pseudo-principes qui s'étendent au fur et à mesure, en vertu d'une téléologie de l'Europe que j'avais discernée dès le départ. J'ai écrit un petit livre, instructif et désopilant à la fois, « *Le bétisier de Maastricht* »⁴⁰. Ce petit livre, sorti le jour de la dissolution anticipée de l'Assemblée nationale par Jacques Chirac (21 avril 1997), s'est malheureusement perdu dans l'indifférence générale. Je vous renvoie à sa préface⁴¹.

⁴⁰ « *Le bétisier de Maastricht* » par Jean-Pierre Chevènement éd. Arléa paru en avril 1997.

⁴¹ *Le triomphe de la foi*

Comment justifier la bonté de Dieu contre les arguments tirés de l'existence du mal ? C'est ce qu'entreprit de faire Leibniz au XVIIe siècle à travers sa « théodicée » (partie de la métaphysique qui traite de Dieu, de son existence, de ses attributs). Le Bétisier s'ouvre sur une « Théodicée de Maastricht ». C'est le triomphe de « l'esprit pieux » qui est, comme chacun sait, le contraire de l'esprit d'observation.

À tout problème, Maastricht apporte solution : c'est un traité sauveur, selon François Mitterrand, qui protège contre l'avalanche entraînée par l'ouverture des frontières en vertu de « l'Acte unique », en même temps qu'il ouvre à la compétition. C'est un bouclier, mais qui permet de nager...

C'est, pour l'un, le début d'un langage économique universel ; pour l'autre, l'aube d'une nouvelle civilisation, purifiée des scories du passé. C'est une idéologie douce : nouvelle frontière pour le syndicalisme, triomphe de l'écologie, etc. ; et c'est en même temps, et souvent dans la bouche des mêmes, un fantasme néo-impérialiste : avènement d'un État-continent et moyen de rivaliser avec la puissance des États-Unis et du Japon.

Selon Michel Rocard, « Maastricht constitue les trois clés de l'avenir » : il ouvre d'abord sur plus de prospérité et plus d'emplois, ensuite sur plus de sécurité, et enfin sur plus de démocratie. Dans sa concision même, ce propos m'a fourni le plan – en trois parties – de ce recueil de morceaux choisis

De cette lecture semble résulter que Maastricht nous achemine vers une nouvelle parousie (avènement définitif du Christ glorieux). Si les mots qui me viennent spontanément sous ma plume sont empruntés au langage de la théologie, c'est qu'à l'évidence nous sommes en présence d'une croyance, d'ailleurs plus proche d'une foi religieuse que d'une idéologie construite. Si Maastricht porte en lui la promesse du salut terrestre, il permet de répondre également aux arguments tirés de l'existence du chômage, de la guerre ou de la bureaucratie. Comme l'écrivait Albert Camus : « Dès l'instant où la parousie s'éloigne [...], alors naissent la dévotion et le catéchisme. » (Albert Camus, « L'Homme révolté », Gallimard)

Comme jadis l'analyse marxiste, ou même tout simplement rationnelle, avait déserté l'Union soviétique et que tout échec, tout crime, tout retard s'expliquaient essentiellement par l'insuffisance de « socialisme » (ou, en Yougoslavie, par l'insuffisance d'« autogestion »), de même on explique que le traité de Maastricht fera baisser les taux d'intérêt et repartir la croissance grâce à la monnaie unique, qu'il aurait pu empêcher ou au moins mettre un terme à la guerre en Yougoslavie, pour peu qu'eût existé déjà la fameuse PESC (Politique étrangère et de sécurité commune), et enfin qu'il fera reculer la bureaucratie grâce au sésame de la « subsidiarité ».

Ce qu'a dit Jean-Eric Schoettl, beaucoup mieux que je ne saurais le dire, rejoint mes interrogations, qui ne datent pas d'aujourd'hui.

Y a-t-il place pour une réorientation qui nous ferait sortir des schémas imposés au début des années quatre-vingt et jusque dans les années quatre-vingt-dix par le néolibéralisme ?

Est-il possible d'en sortir par la voie de la démocratie électorale ?

Tout gouvernement ne serait-il pas prisonnier de ce que je n'appellerai pas un « carcan de règles » mais un... « filet de soie » ?

Bref, pourrait-on sortir par la voie démocratique ordinaire de ce type de politique ?

Je ne le crois pas.

Pour avoir été ministre de l'Intérieur, je sais qu'il est nécessaire de réguler les flux migratoires. Et si on ne peut plus mettre « en garde à vue » les gens qu'on veut éloigner, cela signifie que les frontières, en matière de flux migratoires, sont totalement ouvertes ! Je revendique, à ce propos, un droit d'auteur sur l'expression « retenue » employée dans le texte de substitution. Le mot « rétention » a quelque chose de brutal et suscite l'hostilité des associations.

La téléologie – science des fins dernières – garantit le salut : si les fruits de Maastricht ne tiennent pas la promesse des fleurs, c'est qu'on n'aura pas appliqué Maastricht avec assez de résolution !

Seule sauve la foi en Maastricht : si les voies de la Providence sont impénétrables, abandonnons-nous cependant avec confiance aux mécanismes d'un traité dans lequel se conjuguent évidemment l'inspiration divine – version démocrate-chrétienne –, la piété des hommes – version social-démocrate – et la foi spontanée des esprits simples dans la compétence de nos hommes politiques pour une fois presque unanimes.

Seul Alain Minc, rebuté par ce qu'il appelle « un messianisme de pacotille », décrit son « oui » comme un « oui de tragédie ».

L'esprit laïque, quant à lui, doit déclarer forfait.

Toute foi religieuse, si elle n'est pas contenue, court le risque de verser dans l'intolérance. On verra que les sectateurs du « oui » n'échappent pas à ce travers. Selon le président de la République, les partisans du « non » ne sauraient plus diriger la France pour l'application du traité de Maastricht. Le président de la Commission européenne réclame même leur mise à la retraite politique anticipée.

« Europicides », « grandes gueules », « gang de démolisseurs », « rhumatisants », « ligueurs », « fossoyeurs de la France » [ou] de « l'espérance », il n'est pas de noms d'oiseaux assez doux pour qualifier les tenants du « non ».

Extrait de la préface du livre « Le Bétisier de Maastricht » (JP Chevènement, éd. Arléa 1997), pages 7 à 10.

J'avais donc pensé, avec Patrick Quinqueton et Marie-Françoise Bechtel, que le mot « retenue » serait une façon plus aimable de dire les choses. Je vois avec satisfaction que, par je ne sais par quel cheminement des dossiers - car je ne lui ai rien soufflé à l'oreille -, Manuel Valls a repris l'expression « retenue ».

Un pays doit être gouverné. En s'éloignant trop des nécessités de gouvernement et des nécessités de la vie courante, on s'expose, comme le disait M. Schoettl, à découvrir dans les urnes une poussée populiste, « horreur » qui ne manquera pas de susciter une vertueuse et ostentatoire indignation. Mais tout cela a été préparé depuis longtemps ! Cette réaction du suffrage universel s'est déjà produite lors du référendum de 2005... et on y a répondu par le traité de Lisbonne qui annule le référendum ! Combien de temps cela pourra-t-il durer ? Je ressens quand même un certain malaise.

Il serait bon de revenir à une application stricte du principe de subsidiarité afin qu'on sache qui fait quoi. J'observe que la cour constitutionnelle de Karlsruhe défend les principes fondamentaux de la République fédérale allemande avec une vigilance dont notre Conseil constitutionnel ferait bien de s'inspirer.

M. Legal nous a dressé de la CJUE un portrait infiniment rassurant. Selon lui, fini le temps des feux de camps... on serait devenu raisonnable et l'esprit de mesure serait revenu... Bref, la « belle », gentiment fardée, nous serait enfin présentée d'une manière suffisamment convenable pour que nous puissions, sinon l'épouser, du moins la fréquenter.

Entendant M. Sajust de Bergues nous vanter les exploits de l'administration française guerroyant sur le sommet du mur de la souveraineté nationale, j'ai été émerveillé !... mais pas tout à fait convaincu, parce que je sais que nous avons capitulé sur des points essentiels.

Je demandais tout à l'heure si les concours de la fonction publique sont aujourd'hui, dans tous les États membres de l'UE, ouverts aux étrangers⁴². Il se

⁴² L'article 5 *bis* de la loi du 13 juillet 1983 précise les limites de l'ouverture de la fonction publique aux ressortissants communautaires : *Les ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois. Toutefois, ils n'ont pas accès aux emplois dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques. [...]*

trouve que j'ai été le premier à ouvrir à des étrangers, à titre d'exception, le recrutement des chercheurs et ingénieurs du CNRS, considérant que c'était une bonne chose d'attirer en France des chercheurs étrangers. Est-ce aujourd'hui la règle dans toutes les administrations ? Seraient exclues les fonctions de souveraineté⁴³, me dit-on. Qu'en est-il des concours de l'éducation nationale, qui constitue quand même le gros de la troupe ? Les concours des finances sont-ils concernés ? La collecte de l'impôt est quand même au cœur de l'État. Ce secteur est-il encore qualifié de régalien ?

ALAIN DEJAMMET

Un point reste un peu troublant malgré les explications en partie rassurantes d'Hubert Legal et de M. Gervasoni.

Jean-Pierre Chevènement vient de relever des contradictions s'agissant de la défense. Mais, nous dit-on, la politique étrangère des États est exclue du champ de compétence de la Cour de justice de l'Union européenne, c'est un principe général.

⁴³ Interrogé sur la portée de la notion d'emploi de souveraineté par le ministère de la Fonction publique, le Conseil d'État a considéré dans son avis du 31 janvier 2002 que les secteurs ministériels pouvant être qualifiés de régaliens, et donc correspondre à des champs de fermeture d'emplois, sont les suivants : Défense, Budget, Économie et finances, Justice, Intérieur, Police, Affaires étrangères. Cet avis indique également que la notion de participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État concerne l'exercice de fonctions qualifiées de régaliennes et la participation à titre principal au sein d'une personne publique à l'un des éléments suivants au moins : l'élaboration d'actes juridiques, le contrôle de leur application, la sanction de leur violation, l'accomplissement de mesures impliquant un recours possible à l'usage de la contrainte, l'exercice d'une tutelle.

Enfin, le Conseil d'État définit un faisceau d'indices permettant de considérer que l'emploi concerné est lié à l'exercice de prérogatives de puissance publique, sur le fondement des critères suivants : prestation de serment, interdiction du droit de grève, accès à des documents confidentiels, positionnement hiérarchique et conseil au gouvernement, bénéfice d'une délégation de signature.

Concrètement, les services gestionnaires doivent apprécier, au cas par cas, les candidatures d'accès à un emploi donné en raison de la nature des fonctions et des responsabilités induites par le poste concerné.

Je reste quand même un peu troublé par *l'affaire Kad*⁴⁴. En substance, de quoi s'agit-il ?

Nous sommes tous signataires d'une charte dont l'article 103⁴⁵ dit que prévaut sur tout autre accord international la Charte des Nations Unies, laquelle donne des pouvoirs au Conseil de sécurité. Ledit Conseil de Sécurité se penche sur des cas de terrorisme, établit une liste des personnages qu'il considère comme véritablement dangereux, et applique des sanctions. Et voilà que l'un des personnages désignés par cette liste se plaint devant la Cour de justice et conteste l'application des décisions du Conseil de sécurité.

On peut penser, avec Hubert Legal, que cela peut inciter les diplomates, ou autres conseillers juridiques, qui, à New York, préparent les sanctions, à être un peu plus sérieux dans l'élaboration de la liste. J'admets que certains noms ont pu être ajoutés sur la recommandation pressante de tel ou tel pays et que les cas peuvent parfois être discutables.

Mais la règle du jeu est que la résolution du Conseil de sécurité est obligatoire et, dans le cadre du chapitre VII, exécutoire ! Cela relève exclusivement de la politique étrangère. Si la Cour de justice peut désavouer le Conseil de sécurité, des pans entiers des actions de l'ONU peuvent s'écrouler. En effet, les sanctions sont le résultat d'une résolution qui s'applique à un pays. On nous dit maintenant que la pratique de la Cour n'affecterait que les mesures individuelles restrictives.

⁴⁴ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 3 septembre 2008 : Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes.

Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) - Mesures restrictives à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban - Nations unies - Conseil de sécurité - Résolutions adoptées au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies - Mise en œuvre dans la Communauté - Position commune 2002/402/PESC - Règlement (CE) n° 881/2002 - Mesures visant des personnes et entités incluses dans une liste établie par un organe des Nations unies - Gel de fonds et de ressources économiques - Comité du Conseil de sécurité créé par le paragraphe 6 de la résolution 1267 (1999) du Conseil de sécurité (comité des sanctions) - Inclusion de ces personnes et entités dans l'annexe I du règlement (CE) n° 881/2002 - Recours en annulation - Compétence de la Communauté - Base juridique combinée des articles 60 CE, 301 CE et 308 CE - Droits fondamentaux - Droit au respect de la propriété, droit d'être entendu et droit à un contrôle juridictionnel effectif.

⁴⁵ Charte des Nations Unies, chapitre XVI (Dispositions diverses), article 103 :

« En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. »

Mais imaginons, rétrospectivement, que le Conseil de sécurité, considérant que l'Irak de Saddam Hussein s'est très mal comporté, lui applique des sanctions consistant à lui interdire d'exporter du pétrole. Cela touche les exportateurs de pétrole irakiens mais cela peut pénaliser également une société française importatrice de pétrole. Pourquoi celle-ci n'irait-elle pas se plaindre devant la Cour de justice des pertes que lui infligent les sanctions contre l'Irak ? Et pourquoi n'adresserait-elle pas aux juges de la CEDH une requête afin qu'ils réexaminent la légitimité des sanctions décidées par le Conseil de sécurité ? C'est tout le fonctionnement des Nations unies qui serait mis en cause.

Je vois un sourire radieux, irénique et mystique, transfigurant le visage d'Hubert Legal qui va bien sûr nous expliquer comment a pu s'ouvrir une brèche aussi énorme dans le principe selon lequel les instances judiciaires européennes ne touchent pas à la politique étrangère. Cette théorie est singulièrement ébranlée par l'affaire Kadi !

C'est un point fondamental. Nous nous réclamons tous du Conseil de sécurité et, au premier accroc, on laisse entendre qu'il est possible de faire rejurer par la Cour de justice les conditions dans lesquelles il a déterminé une politique.

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT

C'est un très bon exemple.

De même, la Cour de justice a censuré la décision grecque d'exclure de l'attribution des marchés des entreprises qui interviennent dans le secteur des médias⁴⁶. Je ne vois pas pourquoi la Cour a annulé cette décision qui,

⁴⁶ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 16 décembre 2008. *Michaniki AE contre Ethniko Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias*. Affaire C-213/07.

Demande de décision préjudicielle: *Symvoulío tis Epikrateias* - Grèce.

Marchés publics de travaux - Directive 93/37/CEE - Article 24 - Causes d'exclusion de la participation à un marché - Mesures nationales instituant une incompatibilité entre le secteur des travaux publics et celui des médias d'information.

« ...Le droit communautaire doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition nationale qui, tout en poursuivant les objectifs légitimes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence dans le cadre des procédures de passation de marchés publics, instaure une présomption irréfragable d'incompatibilité entre la qualité de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre dirigeant d'une entreprise exerçant une activité dans le secteur des médias d'information et celle de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre

parfaitement judiciaire dans un pays où, chacun le sait, la corruption n'est pas absente, méritait, à mon avis, d'être étendue à tous les pays de la communauté !

HUBERT LEGAL

À propos de l'affaire Kadi, je dirai d'abord que les régimes de sanctions européens ne sont qu'en partie la transposition des résolutions du Conseil de sécurité. Des sanctions, des régimes d'embargo (concernant l'Iran, la Syrie...), qui ne permettent pas ce genre de recours, ont déjà été mises en place. Ces décisions ne peuvent être contestées sur le fondement de la violation du marché intérieur.

Mais il est vrai que la décision Kadi a pour effet indirect d'introduire un contrôle dans l'incorporation au droit de l'Union de décisions du Conseil de sécurité.

Il est paradoxal d'applaudir la cour constitutionnelle allemande, qui considère qu'il faut avoir un contrôle de ce qu'on admet du droit de l'Union dans le droit national, tout en contestant un même contrôle exercé par le droit de l'Union sur les décisions du Conseil de sécurité.

Selon un raisonnement dualiste, qui voudrait qu'on incorpore dans l'ordre juridique de l'Union – ou d'un État membre – des productions externes avec un certain filtre, ce filtre devrait s'appliquer. Mais, depuis l'origine, le raisonnement de la Cour est qu'il ne peut y avoir de filtre de cet ordre parce que *le droit de l'Union n'est pas du droit international*.

C'est ce pari qui a amené la Cour, dans ses trente premières années d'existence, à un raisonnement très « hardi », relevant du « coup d'État » intellectuel permanent. C'est ce qui l'a conduite à des raisonnements qui extrapolaient les traités. Cela a abouti, en particulier, aux vagues de libéralisation qui n'avaient aucune justification dans le droit primaire. Comme Stéphane Gervasoni l'a rappelé, les traités disposaient qu'ils étaient « sans préjudice du régime de la propriété dans les États membres ». Cela signifie que, théoriquement, le système de fonctionnement de l'Union européenne n'est pas

dirigeant d'une entreprise qui se voit confier par l'État ou une personne morale du secteur public au sens large l'exécution de marchés de travaux, de fournitures ou de services. »

incompatible avec une économie entièrement nationalisée dans un État membre. En réalité, cette clause est inapplicable car elle est inconciliable avec l'ensemble des dispositions qui régissent le marché intérieur.

Si la Cour a promu l'idée d'une dérégulation d'une économie, d'un désengagement de l'État, d'une privatisation de tous les secteurs de l'économie dans lesquels l'État était impliqué, ce n'était pas seulement en raison de l'idéologie libérale de ses membres, mais c'est parce qu'elle a considéré que c'était le moyen d'établir le marché unique censé être la base sur laquelle allaient se construire l'Europe politique et l'édifice constitutionnel européen.

Nous avons eu la dérégulation. Nous n'avons pas eu l'édifice politique parce que nous nous sommes arrêtés en chemin.

C'est, en forme de caricature, l'histoire des trente premières années d'existence de la Cour.

Je suis moins convaincu par certaines généralisations entendues dans les exposés.

Il n'est pas vrai que la Cour, dans sa dernière période, couvrirait tout de manière presque incontrôlable et sans limites. On a parlé de « mysticisme » juridique. Mais la Cour a vocation à construire une pensée juridique commune, un langage juridique que les juridictions et les juristes des États membres puissent comprendre sans différence. L'aspect fusionnel qui en résulte est purement théorique, intellectuel. Cela n'a rien à voir avec l'exercice des compétences.

Outre le principe de primauté, le traité de Lisbonne affirme *le principe d'attribution*. Mon rôle au sein du Conseil consiste à insister sur ce principe fondamental, qui va plus loin que le principe de subsidiarité. Les traités précisent, à plusieurs endroits et de façon expresse, que les compétences qui appartiennent à l'Union sont *les compétences délimitées* :

Les compétences exclusives concernent les domaines dans lesquels seule l'Union a compétence.

Les compétences partagées appartiennent à la fois à l'Union et aux États membres. C'est-à-dire qu'elles appartiennent à l'Union pour autant que les États membres aient adopté de la législation.

Enfin, il y a les domaines dans lesquels l'Union a simplement une compétence dans le domaine de la coopération...

« ... d'initiative », selon les textes.

Le rôle d'initiative législative de la Commission concerne plutôt l'aspect fonctionnel que l'aspect du droit matériel. Mais, admettons cette précision.

Pour tous les autres domaines qui ne sont pas cités dans les traités, il n'y a pas de compétence de l'Union.

Je ne suis pas d'accord avec l'affirmation selon laquelle l'Union conserverait compétence en raison de principes fondamentaux. La Charte des droits fondamentaux de l'UE précise expressément qu'elle n'a aucun effet sur les compétences. Les principes fondamentaux que respecte l'Union s'appliquent strictement et exclusivement dans les domaines des compétences attribuées à l'Union.

Bien entendu, quand les États membres, dans le cadre de leurs compétences souveraines, non transférées, appliquent leur droit national en dehors du droit de l'Union, ils doivent veiller à ce que les dispositions qu'ils prennent n'empiètent pas sur le domaine du droit de l'Union, et à ce qu'elles ne contredisent pas les règles de droit adoptées par l'Union. C'est une question de coopération loyale. L'exercice des compétences souveraines ne doit pas empiéter sur ce qui relève des compétences transférées à l'Union.

Mais les principes généraux s'appliquent directement, y compris les droits fondamentaux, dans le domaine des compétences de l'Union. Quand le Conseil d'État a jugé, par exemple, que le principe de la protection de la confiance légitime, reconnu par le droit communautaire, ne s'appliquait pas en dehors du champ d'application du droit communautaire, personne n'a parlé d'un « arrêt scélérat » du point de vue du droit de l'Union.

Mais la détermination de principes généraux dans le champ d'application du droit de l'Union produit évidemment un effet de capillarité, d'influence. Mais celui-ci n'est effectif que pour autant que les États membres l'acceptent. Au-delà des règles de droit obligatoires, les États membres peuvent, par volonté politique, décider d'intégrer un certain nombre de règles.

Dans sa jurisprudence des vingt dernières années, la Cour admet que ce sont les traités qui fixent les compétences de l'Union et que les États membres conservent la compétence entière pour ce qui ne relève pas de ces compétences attribuées par l'Union (et ils pourraient retrouver les compétences que l'Union déciderait de ne plus exercer). Cette rédaction figure dans les traités.

Je crois qu'en ce qui concerne la représentation externe de l'Union, les États membres veillent assez jalousement à ce que les compétences externes de l'Union n'empiètent pas sur leurs compétences.

Ils peuvent en outre, s'ils le souhaitent, en tant qu'États membres, dans l'exercice de leurs compétences conservées, agir ensemble dans le domaine international et confier des responsabilités à la Commission ou à d'autres institutions de l'Union.

Il n'en demeure pas moins que la détermination juridique est différente.

Si un État souhaite veiller à des empiètements qui n'ont pas lieu d'être, il dispose de tous les instruments juridiques nécessaires, qui figurent dans les traités tels qu'ils existent actuellement.

ALAIN DEJAMMET

Peut-on demander au Professeur Sur de porter un jugement lapidaire sur ce qu'il a entendu ce soir ?

SERGE SUR

Merci, Monsieur le Président.

Je suis un peu embarrassé par votre demande, surtout si le jugement doit être lapidaire. Les exposés qui ont été présentés, extrêmement compétents, nourris, riches, et en partie contradictoires, appelleraient des développements plus importants.

Je ferai quelques brèves observations.

La première ne concerne pas les juridictions européennes mais la Cour internationale de justice. Il a été indiqué que le français y est une « langue de travail ». Plus qu'une langue de travail, le français y est la première langue officielle. Le statut de la Cour précise que les arrêts sont rendus en français et en anglais, mentionnant le français en premier. Malgré cela, chacun peut constater en son sein une déperdition redoutable du français. À l'heure actuelle, seuls deux juges sur quinze sont francophones. Je regrette beaucoup que la France - et la francophonie - ne se soient pas préoccupées d'œuvrer en faveur de l'élection, comme il aurait été souhaitable, d'Africains francophones. Aujourd'hui, figurent dans le groupe francophone des personnes qui, en réalité, ne sont francophones que de façon virtuelle. Le risque est très grand, non seulement pour la langue mais pour le droit. En effet, nous assistons à une avancée progressive du droit anglo-saxon, fondé sur *la common law* et l'équité (*equity*), minorant ainsi le rôle du droit écrit et d'abord des traités. Et la dérive qui a été remarquée pour les juridictions européennes est encore plus marquée à la Cour internationale de justice qui tend à rendre, sur des bases prétoriennes, des décisions de pure opportunité.

Ma deuxième observation porte sur le dualisme, évoqué notamment par M. Legal. Les relations entre droit international et droit interne sont structurellement d'ordre dualiste. Le monisme est une idéologie juridique, il ne relève pas du droit positif. Il y a dualisme en ce sens que le juge national ne peut appliquer que sa constitution. À quel titre appliquerait-il un autre droit que son droit interne ? D'où pourrait-il tirer ses pouvoirs si ce n'est de la constitution ? Le droit international (il en est de même du droit européen) ne s'applique donc que dans la mesure où il est intégré au droit interne par la constitution ou par tout autre mode d'introduction. Plus généralement, les relations entre systèmes juridiques sont, comme vous l'avez dit, dualistes (ou pluralistes). Dans l'exemple que vous avez cité, il s'agit d'un conflit entre le droit de l'Union et le droit des Nations Unies. Ce conflit est intériorisé par les États membres qui ont, d'un côté une obligation à l'égard de droit de l'Union, de l'autre une obligation à l'égard de la Charte. Or, il me semble qu'en vertu de la Charte, c'est le droit de l'article 103 de la Charte qui doit l'emporter. Il appartient donc aux États d'exercer leurs compétences, en disant très clairement : « Nous considérons que le droit de la Charte prévaut », acceptant une certaine forme de conflit de normes qui doit être résolu par d'autres voies.

La Cour européenne dit le droit européen vu du point de vue de l'Union. Mais le droit européen peut aussi être vu par les États. La décision prise par la cour constitutionnelle allemande est tout à fait pertinente et il est à regretter que le Conseil constitutionnel ne s'engage pas dans la même voie. Il appartient au Conseil constitutionnel de protéger l'ordre constitutionnel français contre toute ingérence extérieure, y compris d'une juridiction européenne. Le Conseil a, il est vrai, ouvert une voie avec la notion d'« identité constitutionnelle de la France ». Espérons qu'elle ne restera pas sans issue.

Dernière observation : Nous avons entendu des conseillers d'État tout à fait éminents exprimer avec beaucoup de subtilité et de force des analyses nourries. Mais la dérive du droit communautaire qu'ils remarquent est fondée sur la jurisprudence, et largement sur leur jurisprudence. La CJCE, avant la CJUE, s'est nourrie des méthodes du Conseil d'État. On peut dire que le droit communautaire dérivé a d'abord dû beaucoup au droit administratif français. Or nous savons tous que le Conseil d'État est le géniteur du droit administratif. Sans le Conseil d'État, sans juridiction administrative, pas de droit administratif ! Ainsi, d'une certaine manière, le « monstre juridique » - entendons nous, j'emploie ce terme de façon bénigne -, la dépossession démocratique que vous dénoncez sont votre œuvre ! Ils sont le fruit d'une coopération judiciaire entre juridictions françaises et juridictions européennes. Le problème du juge n'est pas seulement celui du juge européen, c'est aussi celui des juges français.

Je dirais la même chose du droit constitutionnel. M. Schoettl s'interrogeait à juste titre : Où est la démocratie dans les décisions du Conseil constitutionnel ? Mais lorsque le Conseil constitutionnel conteste la validité d'une taxation en censurant une loi votée par le législateur, d'où tire-t-il la norme ? C'est une norme qu'il crée, une norme prétorienne.

Nous sommes dans un régime de droit juridictionnel, qui est un droit prétorien. Si les dérives de la Cour européenne, aussi bien du Luxembourg que de Strasbourg, sont évidentes, il faut évoquer aussi les dérives des juridictions internes. Comme M. Schoettl l'a très justement dit, la question fondamentale est la question démocratique.

Je voudrais remercier tous les intervenants que j'ai écoutés avec beaucoup d'intérêt.

Nous ne faisons pas ici le procès de la justice européenne. Constatons quand même la juridicisation de l'Europe :

Nous évoquons souvent l'euro. Mais, Jean-Eric Schoettl l'a rappelé, l'Europe fonctionne aussi – et beaucoup – par le droit. Il y a eu simultanément juridicisation *de* l'Europe et juridicisation *par* l'Europe. Jean-Eric Schoettl a rappelé que les normes européennes applicables étaient au nombre de 70 000 il y a quelques années (je n'ose pas me demander combien elles sont aujourd'hui). Nous sommes tous pris dans cette vague de juridicisation, un peu comme la guêpe dans le miel.

Avant de formuler les remarques qu'appelait l'ensemble du débat, je voudrais dire à Hubert Legal qu'il n'est pas tout à fait exact d'affirmer que « les compétences de l'Union sont clairement délimitées ». Ce sont parfois des compétences totalement transversales. Le traité de Lisbonne reconnaît ainsi à l'Union européenne une compétence sur des questions relevant de la « cohésion⁴⁷ ». A partir du moment où l'Union européenne se saisit d'un domaine de compétence au titre d'une telle compétence transversale, vous n'ignorez pas qu'il est interdit aux autorités nationales de venir en concurrence avec elle.

Je pourrais aussi évoquer le domaine de l'environnement.

La première directive environnement a été prise en 1995. Or je me souviens avoir découvert deux ou trois ans plus tard, à l'occasion d'un contentieux, que la Commission européenne n'avait pas l'ombre d'une compétence pour prendre cette directive ! En réalité, on lui a donné rétrospectivement – et même rétroactivement – cette compétence en 2000 ou 2001. Cela montre bien que la nature européenne a horreur du vide : lorsqu'une institution veut se saisir de certains pouvoirs et qu'il y a un silence, elle s'en saisit.

⁴⁷ Traité sur l'union européenne. Art2.

« 3. L'Union... promeut la cohésion économique, sociale et territoriale,... »

Comment a-t-on pu en arriver là ?

Pour répondre à cette question d'une manière qui ne soit pas totalement défaitiste, peut-être pourrait-on mettre le contrepoint en face des « péchés » ou des erreurs que nous avons commises.

Je vois pour ma part *trois facteurs à l'origine de ces dérives* :

- *L'inconscience des États*. Comme Jean-Pierre Chevènement, je m'interroge : Où était donc le Général De Gaulle quand a été pris l'arrêt Costa c/Enel sur l'ordre juridique souverain qui s'impose à tous les États ?

Ce qui me rappelle une anecdote : le juge Pescatore, qui siégeait lorsque l'arrêt Costa c/Enel a été pris, a écrit quinze ou vingt ans plus tard, dans un commentaire de revue : « Naturellement, nous pensions que les États allaient réagir. Nous pensions qu'ils n'allaient jamais laisser passer une affirmation pareille... et nous avons été stupéfaits, ajoute le juge Pescatore, de voir que tout cela était passé dans l'inconscience, dans l'ignorance, dans le silence. »

En face de l'inconscience, on peut mettre la vigilance. Si un jour un arrêt vient attirer spécialement l'œil, peut-être faut-il que les pouvoirs publics nationaux, les États, les gouvernements en premier lieu, ne les laissent plus passer comme en 1963 ou en 1964.

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT

Comment le pourraient-ils ?

Comment vingt-sept États peuvent-ils décider d'aller contre une décision prise par la Cour de justice ?

MARIE-FRANÇOISE BECHTEL

Mais l'exemple que je citais (l'arrêt Costa c/Enel) était une décision tout à fait théorique (« ... *créer un ordre souverain qui s'impose à tous les États* »).

Si, un jour, un considérant de principe allait beaucoup trop loin, quelques grands États pourraient quand même taper du poing sur la table !

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT

Mais on ne peut pas aller plus loin que ne l'a fait le juge Pescatore, que vous citez ! Car l'arrêt Costa c/ Enel, parle bien d'un « *ordre juridique souverain* » !

MARIE-FRANÇOISE BECHTEL

Oui, mais il s'étonne que personne n'ait réagi...

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT

... Il s'étonne vingt ans après mais une fois que c'est fait, c'est fait ! On ne peut pas brader deux fois la souveraineté !

MARIE-FRANÇOISE BECHTEL

Mais ce n'était qu'un considérant de principe. Si les États avaient montré les dents, je pense que la Cour de justice de l'époque, compte tenu du mode de nomination des juges, aurait peut-être pédalé en arrière.

Je ne sais pas ce qu'on peut en penser mais je crois que, de toute façon, il faut une vigilance.

HUBERT LEGAL

Sur ce point, il faut bien reconnaître que ce que vous dites est juste. Les observations qui ont été faites par plusieurs commentateurs récents, notamment allemands (je pense au président Herzog), ont été entendues par la Cour avec la dernière précision. Et la jurisprudence des deux dernières années est très prudente par rapport à ce qu'elle a été précédemment.

La Cour a dû écouter et lire les considérants de la cour de Karlsruhe.

- Deuxième facteur de dérive, *la démission du juge national*, y compris - beaucoup plus tard que le juge judiciaire - le juge administratif qui, avec l'arrêt Nicolo⁴⁸, a pris un virage total sur la question de la supériorité du traité sur la loi, ouvrant la porte à une approche laxiste de la question préjudicielle et de l'effet des directives en droit interne.

La démission du juge n'était pas inscrite dans ses gènes. Le Conseil d'État, on ne l'a pas assez dit, a résisté pendant très longtemps, notamment sur la question des directives et de l'acte clair. Il a résisté quatorze ans de plus que la Cour de cassation. Et au bout de quatorze ans, il a fait l'arrêt Nicolo par lequel il a pris un virage irréversible.

C'est peut-être au juge constitutionnel de prendre le relais. Comme vous l'avez très bien rappelé, il a essayé de le faire en 2004 avec sa jurisprudence sur l'identité constitutionnelle de la France, en disant que si c'est un devoir constitutionnel de transposer les directives... (on peut penser ce qu'on veut de ce premier membre du raisonnement) ... il n'en reste pas moins qu'on pourrait rejeter la transposition d'une directive lorsque celle-ci porterait atteinte à l'identité constitutionnelle de la France. Ce faisant, le juge constitutionnel français va un peu dans le sens du juge de Karlsruhe. J'ajouterai - regardant vers Jean-Eric Schoettl, qui était alors Secrétaire général du Conseil constitutionnel - que les commentaires autorisés faits à l'époque sur cette décision indiquaient que l'identité constitutionnelle de la France se réduisait quand même à relativement peu de chose, comme, par exemple, le principe de laïcité. Ce qui n'est pas totalement négligeable. Mais on aimerait qu'elle comporte un peu plus de principes et valeurs.

⁴⁸ Par l'arrêt *Nicolo* (20 octobre 1989), le Conseil d'État a accepté de contrôler la compatibilité d'une loi avec les stipulations d'un traité, même lorsque la loi est postérieure à l'acte international en cause, en application de l'article 55 de la Constitution, abandonnant ainsi la théorie de la loi écran.

- Enfin, troisième facteur, *la démission complète de l'opinion*. L'opinion, doucement engourdie, subit sans protester le droit européen et cette vague de juridicisation.

L'opinion n'a pas été sensible aux dispositions du TSCG, selon lesquelles les institutions européennes, non contentes de contrôler le budget de la France, pourraient aller jusqu'à la sanction. Derrière ce contrôle, il y avait l'idée - si ce n'est l'idéologie - d'austérité. Non seulement la forme du contrôle, mais le contenu du contrôle (on vérifiera que votre budget est suffisamment un « budget de non-déficit »). Cela n'a pas mobilisé l'opinion.

Il reste le Parlement mais je n'ai pas beaucoup d'espoir. Nous avons entendu que le Parlement français n'est pas, traditionnellement, aussi vigilant que le *Bundestag* en matière européenne. Je ferai remarquer que la doctrine française n'est pas la doctrine allemande selon laquelle le *Bundestag* a le droit de contrôler un certain nombre d'actes du gouvernement (on l'a vu, d'ailleurs, sur la question des mécanismes de solidarité financière européenne). Selon la doctrine française, l'Europe relève de la conduite des relations diplomatiques. L'essentiel appartient donc à l'exécutif, non au Parlement, qui n'intervient que sur le fondement des pouvoirs résiduels que lui ont donné les différentes révisions constitutionnelles. C'est une autre tradition.

Peut-être aussi, de ce côté-là, faudrait-il revoir un certain nombre de choses.

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT

Je voudrais évoquer une anecdote qui éclairera ce que vient de dire Marie-Françoise Bechtel. Quelques temps après que le Conseil d'État a entériné, par l'arrêt Nicolò, la primauté du droit communautaire sur le droit national, rencontrant tout à fait par hasard M. Marceau Long, alors vice-président du Conseil d'État, je lui dis : « Comment avez-vous pu prendre cet arrêt Nicolò ? ». Aimablement, il me répondit : « Nous résistions depuis si longtemps... La Cour de cassation a accepté la primauté du droit européen en 1975 et nous sommes en 1989 !... et puis, vous savez, on ne résiste pas à l'air du temps ! ». Il est vrai qu'à ce moment-là l'europhisme coulait à ras bords et la philosophie de Robert Lecourt⁴⁹ (« *...une authentique communauté entre des populations... une*

⁴⁹ Robert Lecourt, ancien garde des Sceaux, membre du Conseil constitutionnel, président de la Cour de Luxembourg pendant 9 ans, jusqu'en 1976: «Il était d'une belle témérité d'imaginer que

source réglementaire permanente, et des actes ayant force exécutoire, et le contrôle d'une cour régulatrice... la nouvelle société...») qui nous a été rappelée tout à l'heure par M. Gervasoni, était tout près d'emporter, à quelques exceptions près, la classe politique française dans son ensemble (on l'a vu dans le referendum sur le traité de Maastricht trois ans plus tard).

STEPHANE GERVASONI

C'était dans l'air du temps. Robert Lecourt a écrit ces lignes en 1976, dans son livre « *L'Europe des juges* »⁵⁰. Les juges aussi sont sensibles à l'air du temps...

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT

En 1976, ce n'était pas dans « l'air du temps ». Mais je constate qu'en 1989, la pensée de Robert Lecourt (un prophète !) était devenue « l'air du temps », ce qu'on appelle « le sens commun », dont nous sommes généralement inconscients, parce qu'il nous est imposé de toutes les manières.

des États renonçant à l'absolu de leurs prérogatives souveraines, accepteraient de substituer à leurs propres lois une règle élaborée en commun, directement applicable partout, sous le contrôle des tribunaux de chacun et l'interprétation uniforme d'une juridiction commune. [...] Dès lors qu'on voulait organiser, non pas une simple zone de libres transactions entre États, mais une réelle unité entre des marchés et une authentique communauté entre des populations, force était bien d'instituer, et une source réglementaire permanente, et des actes ayant force exécutoire, et le contrôle d'une cour régulatrice ». En instituant la Communauté, écrivait-il, on créait « un monde nouveau, fait d'États et de peuples qui ne seraient plus séparés par des frontières. La liberté devait être la règle : liberté pour les personnes de circuler, de s'établir, de travailler, d'échanger leurs produits. Elle était la nouvelle société dans ses nouvelles dimensions et ses nouvelles structures... » (Voir exposé de Stéphane Gervasoni ci-dessus).

⁵⁰ « *L'Europe des juges* » de Robert Lecourt, préfacé par Fabrice Picot, initialement publié en 1976 et réédité fin 2008 chez Bruylant.

C'est aussi la responsabilité du constituant. Il est tout à fait anormal que ce soient les juges qui déterminent les conditions d'application du droit international en droit français, qu'il s'agisse du droit international ou du droit européen. Pourquoi appartient-il à la Cour de cassation ou au Conseil d'État de dire par exemple quelle place occupent les directives dans l'ordre juridique français ? C'est une question de souveraineté, une question qui devrait relever du constituant.

Une chose est pour les juridictions internes d'appliquer le droit international suivant les conditions et les termes fixés par la constitution. Une autre est de définir pour elles-mêmes et par elles-mêmes un *système* d'application, posant notamment les principes et modalités de cette application par rapport aux normes d'origine interne, se substituant ainsi au constituant. Elles sont alors conduites à modifier la hiérarchie des normes. À la décharge des juridictions, on peut dire qu'elles y sont en partie contraintes par le défaut du constituant lui-même, par son indifférence à ce sujet ou pire, par son souci de ne pas intervenir sur ces questions difficiles. Loin de relever exclusivement de la technique juridique, elles posent des questions de principe, presque de philosophie politique.

Il est ainsi très regrettable qu'en 2008, lors du grand « toilettage »⁵¹ de la constitution, la question n'ait pas été soulevée. L'article 55⁵² pose des principes tout à fait satisfaisants mais il mériterait d'être réexaminé, réévalué et réécrit par le constituant.

⁵¹ La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République a modifié de nombreux articles de la Constitution française.

⁵² Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT

2008 n'était pas la bonne année pour réécrire la Constitution dans le sens que vous venez de dire (la défense de la souveraineté).

Je voudrais, encore une fois, faire part de mon inquiétude. Les citoyens n'ont pas conscience de ce qui se développe là. C'est quelque chose qui leur échappe totalement, et aux hommes politiques aussi, à beaucoup d'égards.

En vous écoutant, Messieurs, nous avons découvert - ou nous nous sommes remémoré - beaucoup de choses. Mais l'immense majorité des citoyens ignore tout du fond mais plus encore de la jurisprudence européenne. Nous risquons des réveils violents si nous n'accordons pas ce qui se fait en droit avec ce qui est ressenti par la population.

C'est un principe de base de la démocratie.

MARIO CELAYA

Ancien fonctionnaire du ministère espagnol de l'Economie, j'exerce comme avocat à Paris depuis quelques années.

Je voulais faire deux observations :

La première, c'est que, regardant vers les années soixante-dix, et voyant les implications et les développements de la jurisprudence fondamentale sur l'effet direct et la primauté, on porte des regards sévères. Mais je pense, que les potentialités de ces jurisprudences n'étaient pas vues en 1960 et en 1970. Robert Lecourt était très loin d'imaginer ce que pourrait donner la dérégulation financière.

Je voudrais attirer l'attention sur un point que je crois n'avoir jamais vu mentionner. Il concerne un des effets pervers de la jurisprudence des années 1963-1964. Vous avez cité Robert Lecourt dans un écrit publié dans un ouvrage de 1990, lorsque le doyen Boulouis a pris sa retraite de Paris II : « *Que serait devenu le droit communautaire sans ces arrêts de 1963-1964 ?* ». Il montre bien qu'il y a une bifurcation tout à fait extraordinaire. Évidemment, jusque très récemment, pour ceux qui soutiennent ce mouvement, cette bifurcation a

contribué au développement extraordinaire des communautés. Mais, à mon avis, elle a eu un effet pervers qui, aujourd'hui, est manifeste sur le plan économique. En 1958, Maurice Allais, européen absolument convaincu, dans son livre « *L'Europe unie, route de la prospérité* »⁵³, dit de façon tout à fait évidente que tout processus d'intégration économique et *a fortiori*, de façon très lointaine, d'intégration monétaire, nécessite des degrés assez forts d'intégration politique⁵⁴. À mon avis, cette jurisprudence, en quelque sorte, a retardé les échéances, comblant le vide d'une forme d'union politique qui ne pouvait pas se produire à l'époque, et elle a permis le développement de ce marché sur la base de cette jurisprudence qui a suppléé une absence de volonté politique. Ce faisant, elle a retardé la nécessaire prise de conscience que, pour les étapes ultimes et, en tout cas, pour l'étape monétaire, une véritable union politique était nécessaire.

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT

Merci de cette interprétation intéressante.

Je me tourne vers nos intervenants pour les remercier très chaleureusement. Je conclurai en reconnaissant que, malgré tout, la CJUE a un mérite, c'est que sa langue de travail est le français.

⁵³ Maurice Allais, « *L'Europe unie, route de la prospérité* », éd. Calmann-Levy (1960)

⁵⁴ « *La réalisation d'une union économique effective suppose la réalisation préalable d'une certaine intégration politique.* » (p. 132)

TRAVAUX ET PUBLICATIONS (2004 – 2013)

RECHERCHE ET MONDIALISATION

Colloque du 20 septembre 2004

APPROVISIONNEMENT ENERGETIQUE DE L'EUROPE ET POLITIQUE DE GRAND VOISINAGE

Colloque du 14 décembre 2004

UNE ÉDUCATION CIVIQUE RÉPUBLICAINE AU XXI^e SIÈCLE

Colloque du 10 janvier 2005

ISLAM DE FRANCE : OÙ EN EST-ON ?

Colloque du 14 février 2005

PARIS- BERLIN – MOSCOU : UNE ÉMANCIPATION EUROPÉENNE

Colloque du 24 mai 2005

L'ONU EN 2005

Colloque du 6 juin 2005

FRANCE – ALLEMAGNE : QUEL PARTENARIAT POUR QUELLE EUROPE ?

Colloque du 7 septembre 2005

L'AVENIR DE L'EURO

Colloque du 28 septembre 2005

OÙ VA LA RUSSIE ?

Colloque du 11 octobre 2005

MONDIALISATION RÉGULÉE DES ÉCHANGES ET PRÉFÉRENCE EUROPÉENNE

Table-ronde du 28 novembre 2005

LA RÉPUBLIQUE AU DÉFI DES BANLIEUES

Colloque du 9 janvier 2006

LE NUCLEAIRE ET LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION

Colloque du 24 janvier 2006

TURQUIE-MAGHREB : LES CONDITIONS DU DÉCOLLAGE ÉCONOMIQUE

Colloque du 21 février 2006

SOCIÉTÉ DU SAVOIR : LES CONDITIONS PRÉLIMINAIRES

Colloque du 4 avril 2006

FINANCES PUBLIQUES ET PÉRENNITÉ DE L'ÉTAT

Colloque du 24 avril 2006

L'AVENIR DU DOLLAR

Colloque du 12 juin 2006

L'AVENIR DE LA POLITIQUE AGRICOLE COMMUNE

Colloque du 2006

L'AVENIR DE LA DISSUASION

Colloque du 10 juillet 2006

ENTREPRISES ET TERRITOIRES

Colloque du 25 septembre 2006

OÙ VA L'AFRIQUE ?

Colloque du 30 octobre 2006

LA SÉCURITÉ DU MOYEN-ORIENT ET LE JEU DES PUISSANCES

Colloque du 20 novembre 2006

OÙ VA LA SOCIÉTÉ AMÉRICAINE ?

Colloque du 4 décembre 2006

L'ALLEMAGNE ENTRE L'EUROPE ET LA MONDIALISATION

Colloque du 12 février 2007

LA DÉMOCRATIE A L'ÉPREUVE DU SYSTÈME MÉDIATICO-SONDAGIER

Colloque du 10 septembre 2007

**CRISES FINANCIÈRES A RÉPÉTITION :
QUELLES EXPLICATIONS ? QUELLES RÉPONSES ?**

Colloque du 17 octobre 2007

PEUT-ON SE RAPPROCHER D'UN RÉGIME PRÉSIDENTIEL ?

Colloque du 5 novembre 2007

L'ASIE DU SUD-EST ENTRE SES GÉANTS

Colloque du 21 novembre 2007

**TERRITOIRES ET CLASSES SOCIALES EN FRANCE,
DANS LA MONDIALISATION**

Colloque du 14 janvier 2008

QUEL GOUVERNEMENT ÉCONOMIQUE POUR LA ZONE EURO ?

Colloque du 18 février 2008

L'ALLEMAGNE AU SOMMET DE L'EUROPE ?

Colloque du 17 mars 2008

OÙ VA LA SOCIÉTÉ PALESTINIENNE ?

Colloque du 26 mai 2008

**QUELLE POLITIQUE AGRICOLE, AU DÉFI
DE LA CRISE ALIMENTAIRE MONDIALE ?**

Table ronde du 9 juin 2008

OÙ VA LA SOCIÉTÉ ISRAÉLIENNE ?

Colloque du 16 juin 2008

L'ASIE VUE D'EUROPE

Colloque du 8 septembre 2008

PARADOXES DU CINÉMA FRANÇAIS

Colloque du 29 septembre 2008

QUELLE POLITIQUE EUROPÉENNE DE L'ÉNERGIE ?

Colloque du 20 octobre 2008

L'AVENIR DES BALKANS

Colloque du 24 novembre 2008

L'ÉTAT FACE A LA CRISE

Colloque du 9 décembre 2008

L'ALLEMAGNE, LA CRISE, L'EUROPE

Colloque du 12 janvier 2009

L'EUROPE AU DÉFI DE LA CRISE

Colloque du 14 février 2009

SÉCURITÉ EUROPÉENNE : OTAN, OSCE, PACTE DE SÉCURITÉ

Colloque du 30 mars 2009

**LA POLITIQUE EXTÉRIEURE AMÉRICAINE
APRES L'ÉLECTION DE BARACK OBAMA**

Rencontre du 7 avril 2009

CRISE DU LIBRE ÉCHANGE MONDIAL : COMMENT EN SORTIR ?

Colloque du 27 avril 2009

L'IMPACT DE LA CRISE SUR LA STABILITÉ DE L'EURO

Rencontre du 4 mai 2009

RÉFORME DES TERRITOIRES ET DÉVELOPPEMENT

Colloque du 26 mai 2009

OÙ VA LE PAKISTAN ?

Colloque du 22 juin 2009

L'AVENIR DE LA GAUCHE ALLEMANDE

Table ronde du 29 juin 2009

MONDIALISATION ET INÉGALITÉS EN FRANCE

Colloque du 21 septembre 2009

**QUELLE SYSTÈME MONÉTAIRE INTERNATIONAL
POUR UN MONDE MULTIPOLAIRE**

Colloque du 19 octobre 2009

OÙ VA L'IRAN ?

Colloque du 23 novembre 2009

OÙ SONT PASSÉES LES COUCHES POPULAIRES ?

Table ronde du 30 novembre 2009

L'AMÉRIQUE LATINE EN MOUVEMENT

Colloque du 14 décembre 2009

LA FRANCE ET L'EUROPE DANS LES TENAILLES DU G2
Colloque du 18 janvier 2010

QU'EST-CE QUE LE COMMUNISME CHINOIS ?
Colloque du 22 février 2010

LA FRANCE ET SES STRATÈGES
Séminaire du 22 mars 2010

STRATÉGIE DES GRANDS GROUPES ET POLITIQUE INDUSTRIELLE FRANÇAISE
Colloque du 12 avril 2010

**LA CONFERENCE D'EXAMEN DU TNP : BILAN ET PERSPECTIVES.
DESARMEMENT, NON-PROLIFÉRATION ET SÉCURITÉ DE LA FRANCE**
Colloque du 14 juin 2010

QUELLE UNIVERSITÉ FRANÇAISE POUR DEMAIN ?
Colloque du 13 septembre 2010

LES CHOIX DE L'ALLEMAGNE
Colloque du 18 octobre 2010

RADIOGRAPHIE ET PERSPECTIVES DE LA CRISE
Colloque du 13 décembre 2010

QUELLES PERSPECTIVES POUR LA FRANCE EN MEDITERRANÉE ?
Colloque du 17 janvier 2011

ORGANISER ET PRENDRE EN CHARGE LA SANTÉ DES FRANCAIS
Colloque du 07 février 2011

RADIOGRAPHIE DES ENTREPRISES FRANÇAISES
Colloque du 04 avril 2011

QUELLE POLITIQUE INDUSTRIELLE POUR RELEVER LE DÉFI CLIMATIQUE ?

Colloque du 16 mai 2011

UN PRINTEMPS ARABE ?

Table ronde du 26 mai 2011

LA SOCIÉTÉ FRANÇAISE AU MIROIR DE SON CINÉMA

Colloque du 20 juin 2011

A DEMAIN LA RÉPUBLIQUE ?

Colloque du 10 octobre 2011

LA DIMENSION STRATÉGIQUE DE L'AGRICULTURE

Colloque du 7 novembre 2011

QUELLES SOLUTIONS POUR LE SYSTÈME MONÉTAIRE INTERNATIONAL ?

Colloque du 14 novembre 2011

UNE POLITIQUE DU TRAVAIL

Colloque du 9 janvier 2012

LA RÉFORME DES BANQUES

Colloque du lundi 23 janvier 2012

APPROCHES THÉORIQUE ET PRATIQUE D'UNE MONNAIE COMMUNE

Table ronde du lundi 13 février 2012

L'EURO MONNAIE UNIQUE PEUT-IL SURVIVRE ?

Colloque du lundi 24 septembre 2012

L'ESPRIT DU REDRESSEMENT PRODUCTIF

Table ronde du lundi 26 novembre 2012 autour d'Arnaud Montebourg

LES ÉTATS ÉMERGENTS : VERS UN BASCULEMENT DU MONDE ?

Colloque du lundi 10 décembre 2012

OCCIDENT ET MONDIALISATION

Colloque du lundi 21 janvier 2013

LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

Colloque du lundi 11 février 2013

NOTES ET ETUDES :

Parues récemment :

- **David Teurtrie**, docteur en géographie et spécialiste de la Russie, chercheur au Centre de recherches Europe Eurasie (CREE) de l'INALCO : « **BRIC : les paradoxes russes** »
- **Jean-Michel Quatrepoint**, journaliste économique, et **Jean-Luc Gréau**, économiste, membres du conseil scientifique de la Fondation Res Publica : « **Pour sortir de la déflation, repenser la zone euro** »
- **Jacques Fournier**, membre du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica, Conseiller d'Etat honoraire : « **A propos de la dépense publique** »
- **Kevin Limonier**, chercheur à l'Institut Français de Géopolitique (Université Paris VIII), enseignant à l'Université russe d'Etat de sciences humaines (RGGU) : « **Les chemins douloureux d'une économie russe de l'innovation** »
- **Daniel Bloch**, ancien président d'Universités, ancien recteur d'Académie, ancien directeur des Enseignements supérieurs : « **Deux défis pour l'éducation nationale** »
- **Baptiste Petitjean**, directeur de la Fondation Res Publica : « **Une approche républicaine du dialogue social** »

NOTES DE LECTURE :

Parues récemment :

- **Stratégie électorale: It's the people, stupid!**, note de lecture de « *Porte à porte, reconquérir la démocratie sur le terrain* » de **Guillaume Liegey, Arthur Muller et Vincent Pons** (Calmann-Lévy, avril 2013), par Julien Landfried, membre du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica, parue sur le Huffington Post, le 23 mai 2013.
- « **Vers "l'économie des besoins"** », note de lecture de « *L'Economie des besoins – Une nouvelle approche du service public* », de **Jacques Fournier** (Odile Jacob, février 2013), par Baptiste Petitjean, directeur de la Fondation Res Publica.
- « **L'Europe prise en étau entre les Etats-Unis et la Chine** », note de lecture de l'ouvrage « *La Chine contre l'Amérique – Le duel du siècle* » d'**Alain Frachon et Daniel Vernet** (Grasset, octobre 2012), par Baptiste Petitjean, directeur de la Fondation Res Publica
- « **Ces pays « émergents » qui bouleversent le monde** », note de lecture de l'ouvrage de **Sylvia Delannoy** : « *Géopolitique des pays émergents – Ils changent le monde* » (puf : mars 2012), par Baptiste Petitjean, directeur de la Fondation Res Publica.
- « **La réindustrialisation de la France passe par un changement de paradigme** », note de lecture de l'ouvrage de **Gabriel Colletis**, « *L'Urgence industrielle !* » (Le Bord de l'eau : février 2012), par Baptiste Petitjean, directeur de la Fondation Res Publica.

FONDATION RES PUBLICA

52, rue de Bourgogne

75 007 Paris

 01.45.50.39.50

info@fondation-res-publica.org

Achevé
d'imprimer
en mai 2013