



HAL
open science

Chronique de jurisprudence européenne comparée (2008)

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. Chronique de jurisprudence européenne comparée (2008). Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2009, CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE, 2009 (4), pp.1245 - 1278. hal-01519949

HAL Id: hal-01519949

<https://hal.science/hal-01519949>

Submitted on 24 Aug 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CHRONIQUE JURISPRUDENTIELLE

Chronique de jurisprudence européenne comparée (2008)

par **Laurence BURGORGUE-LARSEN**

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)
Directeur du Centre de Recherche sur l'Union européenne*

Les juges, tous les juges — nationaux et européens, ordinaires et constitutionnels — façonnent jour après jour les relations des États à l'intégration par l'économie (Union européenne) et par les droits de l'homme (Convention européenne). Ils sont ceux qui, au quotidien, dans l'enlacement des ordres juridiques, doivent arriver à garder le Cap de la cohérence. Cohérence de leurs compétences telles que définies par leur système de référence ; cohérence de leurs jurisprudences qui ne peut (plus) ignorer celles des autres juridictions. Les juges démontrent assez bien au final — avec des variations temporelles propres à chaque culture judiciaire — que le double engagement européen des États (1) n'est pas une mise à mal, encore moins une renonciation à leur office traditionnel, il n'est qu'une nouvelle formulation de celui-ci (2).

(1) Engagement intégratif — *i.e.* les obligations tirées du droit de l'Union — et l'engagement humaniste — celui découlant de l'acceptation du catalogue européen des droits.

(2) Les contraintes toujours plus importantes de place ont engendré un choix méthodologique difficile mais incontournable dans le cadre de la rédaction de cette chronique. Plutôt que de traiter tous les aspects inhérents aux « interactions organiques » et « interactions matérielles », au risque d'être trop superficiel dans chacune de ces parties, il a été décidé (pour mieux les traiter) de ne développer que les points concernant les interactions organiques.

I^{re} PARTIE. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES HORIZONTALES

Tant que l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne n'est pas devenu une réalité juridique tangible, il est toujours aussi passionnant d'étudier la manière avec laquelle les deux Cours agissent « *comme si* »... comme si cette fameuse adhésion était effective afin de ne pas générer la création et le développement d'une Europe des droits de l'homme à plusieurs vitesses.

A. — *La Cour de Luxembourg, interprète de la Convention*

La méthodologie traditionnelle de découverte et d'interprétation des droits fondamentaux par la Cour de justice — qui se base traditionnellement sur l'utilisation de la Convention européenne telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg — va t'elle perdre de la vitesse face à la montée en puissance de la Charte des droits fondamentaux ? Cette interrogation irrigue de façon lancinante cette chronique depuis l'apparition de ce texte qui a pour ambition de constituer la carte d'identité de l'Union européenne. L'interrogation est loin d'être une coquetterie académique. En plus de mettre en lumière le jeu des influences croisées des sources dans la méthodologie argumentaire de la Cour de justice, elle pose également la question du niveau de protection — induit par la Charte des droits fondamentaux et d'une manière plus générale par le droit de l'Union — et l'autonomisation éventuelle en la matière de l'ordre juridique intégré.

Ce que nous avons mis en exergue dans les chroniques précédentes, *i.e.* le processus de banalisation de la Charte, ne se dément guère. Il n'est plus nécessaire qu'un « considérant Charte » soit intégré dans les dispositions dont la légalité est contestée pour que la Charte apparaisse dans l'argumentation de la Cour de justice. Quelle que soit la voie de droit en cause, elle trône désormais classiquement dans la motivation de la Cour qui l'utilise, en règle générale, à titre *confortatif*. Bien que cette démarche soit désormais classique (1), il n'en reste pas moins qu'une tendance est en train de se dessiner relative à l'autonomisation de la Charte, tout du moins dans l'*argumentaire* de la Cour. La question reste de savoir si elle peut présager, un jour, d'une autonomisation dans la *protection* accordée en tant que telle aux justiciables (2).

1. *Une utilisation « classique » de la Charte*

Les différentes parties au procès communautaire jouent la carte de l'évocation, bien avant que les juridictions communautaires ne le fassent : des requérants (quand ils articulent les motivations de leurs requêtes), en passant par les juges nationaux (quand ils activent le renvoi préjudiciel), pour arriver aux

avocats généraux près la Cour de justice (quand ils présentent leurs conclusions pour la défense objective du droit)...

Les *requérants* sont évidemment en première ligne (3). On pense spontanément aux « requérants ordinaires » pour reprendre une terminologie éprouvée du contentieux communautaire. Bien que classique, l'expression n'en est pas moins inadaptée à la réalité judiciaire, les personnes physiques et morales étant les acteurs cardinaux du système juridictionnel de l'Union en étant les clés de voûte du prétoire communautaire. Quoi qu'il en soit, comme à l'accoutumée, ces justiciables n'ont pas hésité à insérer la Charte dans leur stratégie argumentaire. Les succès obtenus sont à souligner surtout quand ils arrivent à faire établir la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté dont on sait qu'elle n'est point aisée à prouver au regard des conditions posées par le juge communautaire. Ainsi, dans l'affaire *M.*, le requérant obtint que le Médiateur lui verse une indemnité de 10 000 euros en réparation du préjudice moral subi du fait de la mise à mal de sa réputation suite à une désignation nominative dans un de ses rapports (4).

Ce qui est plus novateur, c'est quand un requérant dit « privilégié » — à l'instar d'un État membre — s'empare avec dextérité d'une ou plusieurs dispositions de la Charte pour contester, par la voie de l'annulation, un acte d'un autre « opérateur constitutionnel » selon l'heureuse formule du Doyen Isaac. Ce cas de figure particulièrement intéressant s'est manifesté quand l'Italie, soutenue à l'instance par l'Espagne et la Lettonie, décida d'attaquer en annulation deux décisions de la Commission de publier uniquement en allemand, français et anglais les avis de vacances pour les postes d'encadrement supérieur (5). Et d'invoquer, entre autres choses, une atteinte à l'article 22

(3) On ne traitera pas ici de l'évocation de la Charte par les requérants devant les juridictions nationales. En général, elle n'a pas de succès à tout le moins en France puisque les juges du fond rejettent le moyen tiré de la violation de la Charte comme étant non fondé dans la mesure où, *en l'état actuel du droit*, ce texte n'est pas contraignant. L'attitude classique du Conseil d'État depuis l'arrêt du 5 juillet 2005, *Deprez et Baillard*, ne se dément pas : Conseil d'État, 5 novembre 2008, *M. Chantrel* ; Conseil d'État, 31 décembre 2008, *M. Gorlin*. Pour plus d'informations comparatistes, on renvoie au mémoire de S. Mitsiopolou, *L'utilisation de la Charte des droits fondamentaux par le juge national*, Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), Master II Recherche Droit européen, 2009, 80 p.

(4) TPICE, 24 septembre 2008, *M. c/ Médiateur européen*, T-412/05, § 57 (évocation par le requérant de l'article 48 de la Charte relatif à la présomption d'innocence et aux droits de la défense) ; § 126 (mention par le Tribunal de l'article 7 de la Charte relatif à la protection de la vie privée et familiale).

(5) TPICE, 20 novembre 2008, *République italienne (soutenue par le Royaume d'Espagne et la République de Lettonie) c/ Commission européenne*, T-185/05, § 85 : « La République italienne fait valoir que, en prévoyant, dans la Décision, que les avis de vacance pour les postes d'encadrement supérieur ne seront pas rédigés en langue italienne et en omettant de publier l'avis de vacance en italien, la Commission a violé les articles 1^{er}, 3, 4 et 5 du règlement n° 1 ainsi que l'article 12 CE. *La Commission*

de la Charte rédigé de façon laconique mais expressive : « *L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique* » (6). L'arrêt est exemplaire en ce qu'il donne droit aux prétentions italiennes en annulant les décisions de la « gardienne des traités ». Le Tribunal lui reproche notamment de n'avoir pris aucune mesure pour permettre à ceux qui ne maîtrisent aucune de ces trois langues de prendre connaissance du *contenu exact* de l'avis de vacance des postes (pt 152). L'annulation est d'autant plus remarquable quand on sait que la jurisprudence communautaire ne consacre pas l'égalité linguistique (pour des raisons pratiques évidentes) en refusant, sur la base des articles 290 et 313 du TCE, de reconnaître l'existence d'un principe général du droit communautaire assurant à chaque citoyen le droit à ce que tout ce qui serait susceptible d'affecter ses intérêts soit rédigé dans sa langue en toutes circonstances... On pourra regretter toutefois que le Tribunal procède à cette annulation audacieuse sans pour autant, contrairement à ses us et coutumes, mentionner la Charte à un quelconque endroit de son argumentation et alors que les États s'en étaient emparés de façon remarquable.

Les *juges nationaux* — quels que soient d'ailleurs leur rang et leur office dans les organigrammes juridictionnels — n'hésitent pas à mentionner la Charte quand ils activent le mécanisme du renvoi préjudiciel dans le cadre du pilier communautaire (article 234 TCE) (7). La mention ne prend pas toutefois la même allure. Tantôt le juge national demande l'interprétation d'une disposition communautaire précise conjuguée avec d'autres sources parmi lesquelles la Charte — c'est le cas de l'*Audiencia provincial* de Salaman-

aurait également méconnu l'article 22 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, aux termes duquel l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique. En effet, selon la jurisprudence, dans la perspective d'une Communauté fondée sur la libre circulation des personnes, une importance particulière reviendrait à la protection des droits des individus en matière linguistique, de sorte que toute discrimination indirecte fondée sur les connaissances linguistiques devait être interdite (arrêts de la Cour du 11 juillet 1985, *Mutsch*, 137/84, *Rec.* p. 2681, point 11 ; du 28 novembre 1989, *Groener*, C 379/87, *Rec.* p. 3967, point 13, et du 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, C 274/96, *Rec.* p. I 7637, points 19 et 23). » (C'est nous qui soulignons).

(6) Pour un état des lieux de la petite histoire de l'élaboration de cette disposition où la France fut en première ligne pour éviter toute référence aux minorités, v. F. BENOÎT-ROHMER, « Article II-82 », Traité établissant une Constitution pour l'Europe, in *Commentaire article par article. Partie II La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 309-317.

(7) Afin de ne pas être démesurément enfermée par les contraintes temporelles liées à l'analyse de la jurisprudence sur une année précise, c'est tout à la fois les questions posées en 2008 par les juges nationaux qui seront examinées comme les réponses fournies par la Cour en 2008 (concernant ce faisant des questions posées antérieurement à cette année).

que dans sa demande formulée le 26 mai 2008 dans l'affaire *EDP Editores SL* (8) ou encore du juge commercial (n° 5) de Madrid dans l'importante affaire *Promusicae* (9). Tantôt le juge national demande à la Cour de l'éclairer

(8) Audiencia Provincial, 26 mai 2008, *EDP Editores SL c/ Eva Martín Martín* (affaire C-227/08) : « *L'article 153 CE, pris conjointement avec les articles 3 CE et 95 CE, avec l'article 38 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et avec la directive 85/577/CEE, du Conseil du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, notamment son article 4, doit-il être interprété en ce sens qu'il permet à la juridiction saisie d'un appel contre une décision de première instance, de déclarer d'office la nullité d'un contrat relevant du champ d'application de la directive précitée, alors que cette nullité n'a à aucun moment été invoquée par le consommateur défendeur au litige, que ce soit dans le cadre de son opposition à la demande d'ouverture d'une procédure d'injonction de payer, lors de l'audience du jugement ou dans le recours en appel ?* » (C'est nous qui soulignons).

(9) Juzgado de lo Mercantil n° 5, 26 juin 2006, *Promusicae c/ Telefonica SA*, (C-275/06) : « *Le droit communautaire et, concrètement, l'article 15§ 2, et l'article 18 de la directive 200/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, l'article 8 § 1 et 2, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, l'article 8 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle et l'article 17§ 2, et l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne permettent-ils aux États membres de limiter au cadre d'une enquête criminelle ou aux impératifs de sauvegarde de la sécurité publique et de la défense nationale, et donc à l'exclusion des procédures civiles, l'obligation qui incombe aux opérateurs de réseaux et services de communications électroniques, aux fournisseurs d'accès à des réseaux de télécommunications et aux fournisseurs de services de stockage de données de conserver et de mettre à disposition les données de connexion et de trafic engendrées par les communications établies au cours de la prestation d'un service de la société de l'information ?* (C'est nous qui soulignons). La Cour [CJCE, Gde Ch., 29 janvier 2008, *Promusicae SA*, C-275/06, conclusions J. Kokott prononcées le 18 juillet 2007] après une analyse des différentes directives qui protégeaient des droits en conflit *in casu*, a considéré que le droit communautaire positif n'imposait pas aux « États membres de prévoir (...) l'obligation de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer la protection effective du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile. » Cette non obligation de divulgation laisserait croire que la protection des données personnelles l'emporterait sur la préservation des droits d'auteur. Pas tout à fait. Car, le juge communautaire, conscient des enjeux en présence et des équilibres à préserver, exige des États deux choses. Au moment de la transposition des directives tout d'abord, les États « doivent veiller à se fonder sur une interprétation de celles-ci qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. » Au moment de leur mise en œuvre ensuite, « il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à ces mêmes directives, mais également de ne

pour savoir si une réglementation précise enfreint le droit communautaire représenté *in casu* tant par des directives que par la Charte des droits fondamentaux ! C'est l'attitude audacieuse du Tribunal supérieur de Justice de Madrid qui, le 16 juillet 2008, dans l'affaire *Ovidio Rodríguez Mayor* (10) articulait ainsi sa question : « *La réglementation espagnole relative au licenciement collectif, et notamment les articles 49 § 1, sous g), et 51 de l'Estatuto de los Trabajadores, enfreint-elle l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, adoptée lors de la réunion du Conseil européen de Strasbourg le 9 décembre 1989 (11) ?* » Voilà que le juge ordinaire ne se soucie guère de la valeur non contraignante de ces deux textes, ce qui conduit toujours et encore à relativiser en droit international la question de la portée juridique de certains instruments à la puissance symbolique particulièrement forte. Et si le *negotium* était *in fine* plus fondamental que l'*instrumentum* (12) ? Il sera intéressant de guetter le moment venu la réponse de la Cour dans l'affaire *Ovidio Rodríguez Mayor* alors que les deux textes mentionnés sont des textes de *soft law*. Toutefois, peut-être qu'au moment où elle délivrera sa réponse, le traité de Lisbonne aura passé le cap des ratifications unanimes, ce qui voudra dire que la Charte des droits fondamentaux sera en vigueur. Trêve de conjectures hasardeuses ; soyons patients et attendons. Ce qui est sûr quand on scrute la jurisprudence, c'est la réponse donnée par la Cour de justice dans l'affaire *Polier*. Il s'agit d'un ordonnance d'incompétence très frustrante tant la formulation de la question par le Conseil de prud'hommes de Beauvais était également audacieuse ; la Charte était en effet au cœur de sa stratégie interrogative (13). Toutefois, quand un litige ne se situe pas dans le cadre

pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité. » Le juge de Luxembourg renvoie la balle dans le camp interne où, législateurs et juges devront, chacun à leur niveau assurer le nécessaire équilibre entre la préservation des droits d'auteur et la protection de la vie privée à travers la confidentialité des données personnelles. Cette marge d'appréciation est bienvenue : elle laisse aux instances nationales, conformément à leur sensibilité, le soin de déterminer les équilibres.

(10) Tribunal Supérieur de Justice (Madrid), 16 juillet 2008, *Ovidio Rodríguez Mayor*.

(11) Signalons toutefois pour être tout à fait précis et exhaustif que Tribunal posait d'autres questions où étaient en cause, non plus un texte de *soft law* comme la Charte, mais la directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs. L'affaire a le numéro C-323/08..

(12) G. ABI-SAAB, « Eloge "du droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 59-68.

(13) La première branche de la question posée par le Conseil des Prud'hommes était la suivante : [L]'ordonnance 2005-893 [...], qui autorise le licenciement du salarié

du droit communautaire et ne présente aucun élément de rattachement à celui-ci, la Cour — de façon on ne peut plus orthodoxe (14) — ne peut guère répondre à l'interrogation posée.

Les *avocats généraux* ont continué de leur côté à mentionner la Charte des droits fondamentaux dans leurs conclusions en lui octroyant non seulement le statut d'un texte confirmatif de nombreux principes généraux du droit (15), mais également celui d'un texte symbolisant les valeurs inhérentes à l'ordre juridique communautaire. Cette dernière consécration s'avère d'autant plus fondamentale quand sont en cause les droits d'une personne détenue et qui commande la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence (16). Dans le contexte des premières demandes préjudicielles sur l'interprétation des dispositions de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, il convient de souligner la formule utilisée par l'avocat général Bot alors qu'il s'employait à expliciter le principe du « degré élevé de confiance entre les États membres » dont on sait qu'il sous-tend toutes les règles de procédure du mandat d'arrêt. Et d'affirmer : « Cette confiance découle de plusieurs facteurs. D'une part, tous les États membres ont démontré, lorsqu'ils ont créé les Communautés européennes ou y ont adhéré, qu'ils étaient des États de droit, respectueux des droits fondamentaux, tels qu'ils sont prévus par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 et, depuis le 7 décembre 2000, par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En outre, au-delà de la ratification de cette convention et de la proclamation de cette charte, tous ces États partagent une conception exigeante de l'État de droit, comme la Commission l'a constaté au point 1 des motifs de sa proposition de décision cadre (17). » Cette donne qui est à la base du principe de reconnaissance mutuelle — dont on sait qu'il innerve tout le jeu de la procédure de remise — est fondamentale.

pendant la période de consolidation de deux ans, prévue par le [CNE], sans indiquer la légitimité de la rupture et [...] sans information préalable au regard du droit européen, tel que défini dans la charte des droits fondamentaux [de l'Union européenne], qui précise [...] le droit des travailleurs à ne pas être licencié sans motif valable, [est-elle valide ?]

(14) Conformément à une jurisprudence constante, v. CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, C-299/95, *Rec.* p. I-262.

(15) Voir *ad ex.* les conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro prononcées le 9 septembre 2008 dans l'importante affaire *Epoux Elgafaji*, C-465/07, point 21 relative à la protection dite « subsidiaire » ; conclusions de l'avocat général J. Kokott prononcées le 8 mai 2008 dans l'affaire *Tietosuojavaltuutettu*, C-73/07 concernant une affaire de protection des données à caractère personnel et de liberté de la presse.

(16) Procédure accélérée régie par les articles 23 *bis* du Protocole sur le statut de la Cour de justice et l'article 104 *bis* du règlement de procédure, JO L 24, du 29 janvier 2008, pp. 39-43.

(17) Conclusions d'Y. Bot prononcées le 28 avril 2008 dans l'affaire *Procédure pénale c/ Szymon Kozłowski*, C-66/08, PPU, pt 98.

Elle devra trouver des consécration judiciaires qui ne mettent pas à mal démesurément les droits fondamentaux des individus, surtout quand on sait que la Cour européenne estime que la procédure induite par le mandat d'arrêt européen n'entre pas dans le champ *ratione materiae* de l'article 6§ 1 de la Convention sous l'angle de son volet pénal (18)...

En plus d'incarner les valeurs de l'Union, la Charte est utilisée par les avocats généraux pour conforter la lecture constitutionnalisante de l'Union. On sait qu'elle n'est toujours pas partagée par certains (internationalistes comme constitutionnalistes) qui y voient un habillage conceptuel pour camoufler le classicisme de l'analyse. Même si cette *disputatio* ne trouvera probablement jamais de terrain d'entente, tant les prismes analytiques de départ divergent et découlent de la formation et de la spécialisation des auteurs, il n'en reste pas moins que la « constitutionnalisation » de l'Union se trouve promue par les avocats généraux et diffusée par la Cour de justice. Les désormais fameuses conclusions prononcées le 23 juillet 2008 par l'avocat général Miguel Poiares Maduro (19) en témoignent à l'instar de la réponse donnée par la Cour dans cette affaire tout simplement historique. Rompant avec l'argumentation du Tribunal de première instance qui — élevant plusieurs droits fondamentaux, notamment le droit au juge, au rang de norme de *jus cogens* (20) — n'en avait pas moins validé le règlement communautaire, l'avocat général a resitué la problématique sur le seul terrain des droits fondamentaux, proposant l'annulation tant de l'arrêt du Tribunal de première instance que celle du règlement communautaire. La Cour l'a suivie dans son arrêt du 3 septembre 2008 (21)

(18) Cour EDH, DR, 7 octobre 2008, *José Monedero Angora c/ Espagne*. La III^e section de la Cour a déclaré irrecevable, à l'unanimité, une requête d'un ressortissant espagnol qui contestait une décision de remise de l'Espagne vers la France. Le requérant invoquait cumulativement des atteintes aux articles 5, 6, 7 et 13 de la Convention, le juge de Strasbourg rejeta une à une les allégations de violations. Il déclara surtout incompatible *ratione materiae* la requête sous l'angle du volet pénal de l'article 6 § 1. Sur la base d'une comparaison de la procédure d'extradition et de remise et en considérant que la seconde poursuivait le « même but » que la première entre les États membres de l'Union européenne, le juge de Strasbourg affirma qu'une telle procédure ne portait pas sur « le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. »

(19) Conclusions de l'avocat Général Miguel Poiares Maduro présentées le 23 janvier 2008 dans l'affaire *Al Barakaat International Foundation*, C-415/05 P.

(20) Sur la controverse qui a agité le petit monde académique concernant l'utilisation du concept de *jus cogens*, on se permet de renvoyer à notre analyse in « Existe-t-il une "approche européenne" du droit international ? Eléments de réponse à partir de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés », *Droit international et diversités des cultures juridiques*, Paris, Pedone, 2008, pp. 257-276.

(21) CJCE, Gde Ch., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union et Commission des Communes européennes*, aff. Jtes C-402/05 P et C-415/05 P, point 335 : « En effet, selon une jurisprudence constante, le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communau

et n'a pas faibli au moment d'affirmer l'importance des valeurs de l'Union au nombre desquelles le « principe de protection juridictionnelle effective » tient une place centrale. Cet arrêt historique où la Charte est mentionnée à titre confortatif est révélateur d'une utilisation classique dans l'argumentaire du juge communautaire : la Charte y est présente sans y être omnipotente. *Nihil novi* donc ? S'arrêter à ce constat dénaturerait quelque peu la réalité judiciaire. On observe en effet quelques affaires qui pourraient — la prudence doit être mise — être l'amorce d'une tendance plus novatrice.

2. Une utilisation « novatrice » de la Charte ?

L'expression d'utilisation « novatrice » appelle des précisions. La novation est en réalité protéiforme. Il s'agit tout d'abord d'une utilisation de la Charte qui, conjuguée ou non avec d'autres instruments internationaux, aboutit à un raisonnement qui diffère des raisonnements classiques du juge de Luxembourg. Il est question ensuite d'une utilisation qui consiste à singulariser la Charte au point d'en faire le référent exclusif au sein de l'argumentaire du juge communautaire.

S'agissant du premier point, on sait que la Cour est et sera toujours plus confrontée à des problèmes de *conciliation* ; conciliation entre droits fondamentaux d'une part (de façon classique), mais également conciliation entre droits fondamentaux et libertés économiques fondamentales de l'autre (ce qui est plus complexe et quelque peu plus nouveau dans sa jurisprudence). S'agissant de ce dernier cas de figure, la jurisprudence de ces dernières années démontre son caractère éminemment casuistique, réfractaire à toute systématisation articulée autour de principes directeurs clairs. Cet élément apparaît parfaitement dans le jeu de l'utilisation des réserves d'ordre public qui permettent aux États — dans le cadre des quatre grandes libertés de circulation — de pouvoir déroger à celles-ci (22). On pourrait penser que le jeu de la réserve d'ordre public serait idoine pour justifier une restriction à une liberté économique fondamentale quand le respect des droits fondamentaux est en jeu. Ils intégreraient ce faisant le champ de l'ordre public au point de créer un « ordre public de *protection* des droits fondamentaux ». Si ce cas de figure fut celui de l'arrêt *Omega*, la jurisprudence ultérieure démontre que cette

taire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH, *ce principe ayant d'ailleurs été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice* (JO C 364, p. 1) (voir arrêt du 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec.* p. I-2271, point 37).

(22) Article 30 CE pour la libre circulation des marchandises ; article 39 § 3 CE pour la libre circulation des travailleurs ; article 46 CE pour la liberté d'établissement ; article 58 § 1 pour la liberté de circulation des capitaux.

démarche reste pour l'heure isolée (23). L'incohérence caractérise la jurisprudence communautaire ultérieure sur ce point et aucune tendance bien établie et avérée ne se profile. L'arrêt *Dynamic Medien* (24) — dont les faits sont propices à une comparaison avec l'affaire *Omega* (25) — démontre la mise à l'écart de la réserve d'ordre public (26) au profit d'une argumentation centrée sur l'existence d'un « intérêt légitime de nature à justifier une restriction » — en l'occurrence la protection de l'enfant. Quel rapport avec la Charte des droits fondamentaux pourrait-on s'interroger ? Rien qui ne soit bien établi ; quelques conjectures tout au plus livrées à la sagacité du lecteur. Ce qui frappe dans cette affaire, c'est la combinaison dans la *ratio decidendi* du juge communautaire des instruments internationaux majeurs « *auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré* » (27) avec deux textes issus de l'ordre juridique communautaire : l'article 24§ 1 de la Charte des droits fondamentaux et la directive 2000/31 (28). Cette combinaison des sources — où la Convention européenne brille par son absence et qui a pour objet manifeste de valoriser la protection de l'enfant — pourrait-elle avoir participé, d'une manière ou

(23) Cet élément, parmi d'autres, a été démontré avec brio par C. Andrivet dans un mémoire remarquable, v. *Etude prospective sur une « notion stable à contenu variable »*. *Les avatars de l'ordre public dans l'ordre juridique communautaire*, Master II Recherche « Droit européen », Université Paris I-Panthéon Sorbonne, 2009, 117 p.

(24) CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, concl. P. Mengozzi prononcées le 13 septembre 2007.

(25) Il était question dans l'affaire *Dynamic Medien* d'une réglementation allemande interdisant la vente par correspondance de vidéogrammes n'ayant pas fait l'objet par l'autorité compétente, d'un contrôle et d'une classification aux fins de la protection des mineurs, avec indication de l'âge à partir duquel ces vidéogrammes peuvent être vus.

(26) Celle de l'article 30 CE *in casu*, i.e. la réserve en matière de libre circulation des marchandises.

(27) *Ibid.*, points 39, la Cour cite le Pacte international sur les droits civils et politiques et la convention relative aux droits de l'enfant et de poursuivre en affirmant que « *La Cour a déjà eu l'occasion de rappeler que ces instruments internationaux figurent au nombre de ceux concernant la protection des droits de l'homme dont elle tient compte pour l'application des principes généraux du droit communautaire* » (voir, notamment, arrêt du 27 juin 2006, *Parlement/Conseil*, C 540/03, *Rec. p. I 5769*, point 37). »

(28) *Ibid.*, point 41 : « *La protection de l'enfant est également consacrée dans des instruments élaborés dans le cadre de l'Union européenne, tels que la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (*JO C 364*, p. 1), dont l'article 24, paragraphe 1, dispose que les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être (voir, en ce sens, arrêt *Parlement/Conseil*, précité, point 58). Par ailleurs, le droit des États membres de prendre les mesures nécessaires pour des raisons relatives à la protection des mineurs est reconnu par certains instruments du droit communautaire, tels que *la directive 2000/31*. » (C'est nous qui soulignons).

d'une autre, à cette argumentation *ad hoc* ? Est-ce qu'une nouvelle catégorie dérogatoire serait en voie de constitution dans ce domaine circonscrit de l'enfance ou est-ce que l'argumentation (des plus confuses pour les spécialistes) (29), restera unique et irréductible à toute catégorisation ? Là encore, on ne peut que formuler des hypothèses, la démarche du juge étant par nature une démarche pragmatique. Affaire à suivre.

L'autre utilisation de la Charte qui revêt les habits de la nouveauté consiste à singulariser son utilisation. A noter la confirmation du particularisme de l'article 41 de la Charte qui apparaît plus que jamais comme un droit consubstantiel à l'administration communautaire, même si le Tribunal de première instance, conformément à une jurisprudence bien établie, rappelle systématiquement qu'il ne constitue pas, *in se*, un droit justiciable, sauf lorsqu'il constitue l'expression de « droits spécifiques » (30). En dehors de ce cas circonscrit à la question de la bonne administration, on relève également des arrêts où la référence à la Charte est exclusive : elle trône seule dans l'argumentation de la Cour aux dépens, bien entendu, de la « Convention interprétée ». L'arrêt de la grande chambre *Masdar* du 16 décembre 2008 en est une manifestation flagrante (31). Dans le cadre d'un pourvoi contre un arrêt du Tribunal de première instance, une société de sous-traitance d'assistance technique demandait l'annulation de l'arrêt du Tribunal. Ce dernier avait en effet rejeté le recours de la société qui tendait à la réparation du préjudice qu'elle prétendait avoir subi en raison du non-paiement des services qu'elle avait fourni dans le cadre d'un projet d'assistance humanitaire. Alors qu'un des cinq moyens soulevés à l'appui de son pourvoi concernait les erreurs de droit commises par le Tribunal dans l'examen de l'enrichissement sans cause

(29) Anne Rigaux a ainsi pu écrire que les développements de la Cour étaient un « patchwork de solutions tirées d'arrêts antérieurs », *Europe*, avril 2008, comm.118, p. 19.

(30) TPICE, 13 novembre 2008, *Société des plantations des Mbanga SA (SPM) c/ Conseil et Commission*, T-128/05, § 127 : « À titre liminaire, il convient de souligner que le principe de bonne administration ne constitue pas, en lui-même, une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers (arrêt du Tribunal du 6 décembre 2001, *Area Cova e.a./ Conseil et Commission*, T 196/99, Rec. p. II 3597, point 43), sauf lorsqu'il constitue l'expression de droits spécifiques comme le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable, le droit d'être entendu, le droit d'accès au dossier, le droit à la motivation des décisions, au sens de l'article 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JO 2000, C 364, p. 1) (arrêt du Tribunal du 4 octobre 2006, *Tillack/Commission*, T 193/04, Rec. p. II 3995, point 127), ce qui n'est pas invoqué en l'espèce. La violation du principe de bonne administration ne peut, dès lors, en l'espèce, fonder la responsabilité non contractuelle de la Communauté. (C'est nous qui soulignons).

(31) CJCE, Gde Ch., 16 décembre 2008, *Masdar (UK) Ltd c/ Commission*, C-47/07 P, concl. J. Mazák du 12 juin 2008.

de la Commission européenne, la Cour a considéré qu'il était important de délivrer des « constatations liminaires ». Après avoir rappelé que l'enrichissement sans cause était nécessairement de nature non-contractuelle, il convenait qu'il soit invoqué en vertu des articles 235 et 288-2 du TCE (pt 48) et ce, même s'il ne relevait pas comme tel du régime de la responsabilité non contractuelle au sens strict (pt 49) (32). Ceci posé, la Cour en vient au point qui nous intéresse ; elle prend le temps de délivrer un *dictum* général en affirmant au point 50 que : « la possibilité d'introduire un recours fondé sur l'enrichissement sans cause contre la Communauté ne saurait être refusée au justiciable au seul motif que le traité CE ne prévoit pas expressément une voie de recours destinée à ce type d'action. Une interprétation des articles 235 CE et 288, deuxième alinéa, CE qui exclurait cette possibilité aboutirait à un résultat contraire au principe de protection juridictionnelle effective, consacré par la jurisprudence de la Cour et réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JO C 364, p. 1) » (33). Le lecteur aura remarqué l'absence visible d'une quelconque mention à la Convention européenne et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ceci est d'autant plus intéressant à relever que la Grande Chambre de la Cour de justice mentionne à l'appui de sa démonstration certains de ses grands arrêts récents (34). On pourrait facilement objecter que les arrêts mentionnés opèrent, quant à eux, le renvoi à la Convention européenne. Certes, mais on ne peut s'empêcher de penser qu'une attention particulière caractérise la rédaction d'un arrêt de Grande Chambre et que la formule de l'arrêt *Masdar* doit être prise au sérieux. Or, si dans l'arrêt *Unibet* de 2007 (35)

(32) Le § 49 de l'arrêt se lit ainsi : « Certes, le recours fondé sur un enrichissement sans cause ne relève pas du régime de la responsabilité non contractuelle au sens strict, dont l'engagement dépend de la réunion d'un ensemble de conditions relatives à l'illégalité du comportement reproché à la Communauté, à la réalité du dommage et à l'existence d'un lien de causalité entre ce comportement et le préjudice invoqué (voir, notamment, arrêt du 9 septembre 2008, *FIAMM e.a. c/ Conseil et Commission*, C-120/06 P et C-121/06 P, non encore publié au Recueil, point 106 ainsi que jurisprudence citée). Il se distingue des recours introduits en vertu dudit régime en ce qu'il n'exige pas la preuve d'un comportement illégal du défendeur, ni même l'existence d'un comportement tout court, mais seulement la preuve d'un enrichissement sans base légale valable du défendeur et d'un appauvrissement du requérant lié audit enrichissement. »

(33) C'est nous qui soulignons.

(34) Il s'agit des arrêts du 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec.* p. I-2271, point 37, ainsi que de l'arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *nep.* point 335.

(35) Le § 37 de l'arrêt *Unibet* du 13 mars 2007 se lit ainsi : « D'emblée, il convient de rappeler que, en vertu d'une jurisprudence constante, le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits

et l'historique « grand arrêt » *Kadi* du 3 septembre 2008 (36), la méthodologie traditionnelle de renvoi aux principes généraux est patente, sa disparition est tout aussi flagrante dans l'arrêt *Masdar*. Serait-ce le prélude à un processus d'autonomisation de l'ordre juridique communautaire où la Charte joue(ra) un rôle stratégique pour une protection, le cas échéant, plus poussée ?

B. — *La Cour de Strasbourg, juge de la conventionnalité du système communautaire*

1. *La Cour de Strasbourg, juge du droit communautaire*

Sans actes nationaux d'exécution d'un acte imputable à une organisation internationale, le verrouillage judiciaire est à son maximum à Strasbourg. Cette approche vaut pour toutes les organisations internationales. La Cour n'a de cesse de confirmer l'irrecevabilité *ratione personae* de requêtes dirigées contre les seuls actes d'une organisation (a), tandis qu'elle confirme qu'attaquer un acte de droit dérivé — comme ceux de la Communauté (et/ou de l'Union) — n'est possible que si et seulement si il existe des actes nationaux d'exécution pris en application d'obligations découlant de leur appartenance à ladite organisation internationale (b).

a. L'irrecevabilité *ratione personae* des requêtes dirigées contre des actes imputables aux institutions de la Communauté

Le contentieux démontre toujours et encore qu'attaquer directement des actes imputables au fonctionnement des institutions de la Communauté européenne ne marche pas. La fin de non-recevoir a été établie dès la décision *CFDT c/ Communauté européenne* de 1978 (37). La non-adhésion de la Communauté européenne à la Convention engendre une décision logique constatant l'irrece-

de l'homme et des libertés fondamentales (arrêts du 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84, *Rec. p.* 1651, points 18 et 19 ; du 15 octobre 1987, *Heylens e.a.*, 222/86, *Rec. p.* 4097, point 14 ; du 27 novembre 2001, *Commission c/ Autriche*, C 424/99, *Rec. p.* I 9285, point 45 ; du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c/ Conseil*, C 50/00 P, *Rec. p.* I 6677, point 39, et du 19 juin 2003, *Eribrand*, C 467/01, *Rec. p.* I 6471, point 61) et qui a également été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (*JO*, C 364, p. 1). »

(36) Le § 335 de l'arrêt *Kadi* du 3 septembre 2008 se lit ainsi : « En effet, selon une jurisprudence constante, le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH, ce principe ayant d'ailleurs été réaffirmé à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (*JO* C 364, p. 1) (voir arrêt du 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec. p.* I-2271, point 37).

(37) Voir cette *Revue*, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2000, spéc. pp. 1087-1089.

vabilité *ratione personae* de la requête. La Cour européenne le rappelait dans la décision d'irrecevabilité *Boivin* (38) s'agissant d'actes imputables à *Eurocontrol*, l'Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne. Bien qu'il s'agisse d'une organisation distincte de la Communauté, le raisonnement de la Cour est intéressant à décrypter. Elle s'est faite *in casu* pédagogique car le requérant avait attaqué dans un premier temps la France et la Belgique pour élargir par la suite sa demande aux 32 États membres du Conseil de l'Europe. Or, on sait que la seule technique, devenue tactique, pour contourner le verrouillage judiciaire consiste à attaquer l'acte imputable à l'organisation au travers de son adoption par chacun des États parties à la Convention. C'est ainsi que depuis la fin des années 1980 les demandeurs mobilisent cette stratégie qui n'a jusqu'à présent jamais porté ses fruits (39). Il faut dire que la politique jurisprudentielle de la Cour en la matière est marquée par un *self-restraint* notoire. Elle n'entend pas facilement établir l'effectivité du lien entre l'acte imputable à l'organisation et l'implication — directe ou indirecte — des États dans son élaboration. L'affaire *Boivin* en est un exemple parfait. La Cour affirme clairement qu'en réalité « *les doléances du requérant sont essentiellement dirigées contre le jugement rendu par le Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail à l'occasion du contentieux individuel du travail qui l'opposait à Eurocontrol .../... En cela, la présente espèce est à distinguer d'autres affaires dans lesquelles la responsabilité internationale des États défendeurs était mise en jeu, par exemple celle du Royaume-Uni dans l'affaire Matthews (décision d'exclure la requérante du corps électoral sur la base d'un traité élaboré dans le cadre des Communautés), de la France dans l'affaire Cantoni (arrêt du 15 novembre 1996, application au requérant d'une loi française transposant une directive communautaire), de l'Allemagne dans les affaires Beer et Regan et Waite et Kennedy (refus d'accès opposé par les tribunaux allemands), ou encore de l'Irlande dans l'affaire Bosphorus précitée. Contrairement à la situation dans ces affaires, qui impliquaient toutes une intervention directe ou indirecte de l'État ou des États mis en cause, on ne saurait dire que le requérant en l'espèce relève de la « juridiction » des États défendeurs au sens de l'article 1 de la Convention.* » (C'est nous qui soulignons) (40). Elle confirmait cette analyse dans l'affaire *Connolly* qui portait au grand jour un contentieux entre un ancien membre de la Commission européenne et sa hiérarchie (41) : « seuls

(38) Cour EDH, DR, 9 septembre 2008, *Boivin c/ France et Belgique et les 32 autres États membres du Conseil de l'Europe*.

(39) Voir *ad. ex. cette Revue*, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2003, spec. pp. 969-971.

(40) Partant, la Cour déclarait à l'unanimité les griefs du requérant incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention.

(41) Cour EDH, DR, 9 décembre 2008, *Connolly c/ les 15 États membres de l'Union européenne*. Le requérant était à l'époque des faits en poste à la Commission européenne et avait été l'objet d'une procédure disciplinaire pour avoir publié sans en avertir sa

les organes communautaires, à savoir l'Autorité investie du pouvoir de nomination (AIPN), le TPICE et la CJCE, ont eu à connaître du contentieux opposant le requérant à la Commission européenne. Elle constate qu'à aucun moment l'un ou l'autre des États mis en cause n'est intervenu, directement ou indirectement, dans ce litige, et ne relève en l'espèce aucune action ou omission de ces États ou de leurs autorités qui serait de nature à engager leur responsabilité au regard de la Convention. On ne saurait donc dire que le requérant, en l'espèce, relève de la « juridiction » des États défendeurs au sens de l'article 1 de la Convention. La Cour estime qu'en conséquence les violations alléguées de la Convention ne sauraient être imputées aux États mis en cause dans la présente affaire. » Le noeud gordien de la justiciabilité s'articule bien autour de l'imputabilité à l'État membre d'une organisation des actes de celle-ci. Le particularisme de chaque espèce sera à chaque fois déterminant pour la suite des événements judiciaires.

b. La recevabilité des requêtes dirigées contre les actes nationaux d'exécution du droit communautaire

L'affaire *Bosphorus* (42) n'est plus à présenter. Sorte de « jurisprudence *Solange* » dans le cadre du dialogue horizontal à l'échelle européenne, on sait que la présomption d'équivalence entre la protection de droits fondamentaux au sein de l'Union et les exigences conventionnelles y a été affirmée (§ 155), tout comme son caractère réfragable (§ 156). L'épée de Damoclès est là et il ne faudrait pas croire qu'elle ne serait pas susceptible, un jour, de s'abattre surtout si on a égard aux déficits juridictionnels du III^e pilier. Ainsi, à travers des actes nationaux d'exécution du droit communautaire, les failles de la protection juridictionnelle de la sphère intergouvernementale de l'Union pourraient être sanctionnées par la Cour de Strasbourg « en cas d'une insuffisance manifeste » (§ 156 de l'arrêt *Bosphorus*). On n'en est certes pas là pour l'heure. Le test de l'équivalence des protections a en effet été mis en œuvre dans l'affaire *Biret* (43) avec succès. Dans cette affaire, les sociétés requérantes — dont l'activité commerciale avait été touchée de plein fouet par les mesures d'embargo décidées par le Conseil de l'Union à l'endroit des viandes bovines en provenance des États-Unis — se plaignaient (entre autres choses) de ne pas avoir eu accès à un tribunal (44). Oui ou non l'affaire

hiérarchie un livre à charge contre les pratiques européennes en matière de politiques monétaires, v. *The Rotten Heart of Europe. The dirty war for Europe's money*. Il dénonçait une kyrielle de manquements aux garanties du procès équitable devant la Commission européenne, le tribunal de première instance et la Cour de justice au titre de l'article 6 § 1 (principes du contradictoire et de l'égalité des armes).

(42) Cour EDH, Gde Ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava c/ Irlande*.

(43) Cour EDH, DR, 9 décembre 2008, *Biret c/ les 15 États membres de l'Union européenne*.

(44) Elles invoquaient le fait qu'elles n'avaient pas eu la possibilité de contester les deux directives de 1988 (avant que celles-ci ne soient censurées par l'organe de règlement des différends de l'OMC) et qu'elles n'avaient pu engager la responsabilité

cadrait-elle avec la grille d'analyse dégagée en matière d'imputabilité ? Pour y répondre, la Cour s'est faite à nouveau pédagogue en précisant : « *Comme dans l'affaire Bosphorus, les violations alléguées de la Convention découlent d'actes pris par l'État défendeur en exécution des obligations lui incombant dans le cadre communautaire, actes qui ont ensuite été contestés devant les juridictions communautaires.* » Ceci posé, la compétence de la Cour était établie. Elle pouvait alors déterminer si l'État, en application les mesures d'embargo, avait respecté ses obligations conventionnelles. Entre en scène le fameux test de l'équivalence des protections qui fut rapidement (trop rapidement ?) avéré. Qu'on en juge : « La Cour rappelle qu'elle a conclu dans son arrêt de grande Chambre en l'affaire *Bosphorus*, au terme d'une analyse approfondie des garanties en matière de droits fondamentaux mises en place par le droit communautaire, à une présomption de protection, par l'ordre juridique communautaire, des droits garantis par la Convention. *Elle estime que la présente affaire ne fait apparaître aucune « insuffisance manifeste » dans la protection des droits fondamentaux qui pourrait renverser cette présomption. En conséquence, on peut légitimement présumer en l'espèce que la France, en imposant la mesure d'embargo litigieuse à l'intérieur de ses frontières, ne s'est pas écartée des obligations qui lui incombent au titre de la Convention lorsqu'elle a mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne (Bosphorus, précité, § 165).* » (C'est nous qui soulignons). Le tour était joué : la Cour de Strasbourg déclarait à l'unanimité la requête manifestement mal fondée sur la base de l'article 35 § 3 de la Convention.

2. La Cour de Strasbourg, interprète du droit communautaire

La Cour de Strasbourg est entrée depuis plusieurs années maintenant dans l'ère du décloisonnement : celui des sources qu'elle emploie essentiellement aux fins d'interprétation de la Convention européenne (45). Elle en renouvelle ainsi le sens en étant « en phase » avec les tendances normatives et jurisprudentielles à l'échelle internationale. Ce faisant, la Convention est toujours *in*, jamais dépassée, sclérosée, archaïque. Dans ce contexte, la Charte des droits fondamentaux fait partie, aux côtés de nombreux autres textes de *soft law*, des sources utilisées par le juge de Strasbourg pour mettre en œuvre sa méthodologie. À cet égard, l'arrêt *Demir et Baykara c/ Turquie* du 12 novem-

de la Communauté qu'à l'issue du délai accordé à cette dernière pour se conformer à ses engagements au titre de l'OMC.

(45) On s'en est fait l'écho à plusieurs reprises dans le cadre de cette chronique. Il faut également mentionner celle de J.-F. Flauss et G. Cohen-Jonathan sur la « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général » publiée à l'*Annuaire français de droit international*. Les auteurs constatent, dès 2001, ce mouvement de fond et le mettent depuis en exergue à chaque chronique.

bre 2008 apparaît — du fait de son caractère particulièrement pédagogique — comme un « arrêt-modèle » où les juges de la Grande Chambre ont délibérément entendu expliciter en la systématisant la méthode d'ouverture (v. spéc. §§ 60-86) afin de mieux justifier un revirement de jurisprudence important de l'interprétation de l'article 11 § 1 de la Convention en y intégrant le droit, pour les syndicats, de conclure des conventions collectives. Cette analyse est la réponse circonstanciée à l'argument du Gouvernement turc qui contestait le fait que l'on puisse lui opposer le contenu — auquel il n'avait pas souscrit — des articles 5 (droit syndical) et 6 (droit de négociation collective) de la Charte sociale européenne. Et de considérer que « *Une interprétation conférant une opposabilité par ricochet à ces dispositions serait plus grave encore là où, comme en l'espèce, l'absence dans la Convention d'une disposition prévoyant expressément le droit de conclure des conventions collectives est compensée par la prise en compte d'autres instruments auxquels l'État intéressé ne serait pas partie.* » (§ 62). La Cour n'a cure d'un tel argument ; elle se base sur une utilisation croisée de l'ensemble des sources existant à l'échelle internationale — au sein desquelles la Charte des droits fondamentaux et ses articles 12 § 1 sur le droit d'association et 28 sur le droit de négociation et d'actions collectives, se trouvent en bonne place. Ces dispositions sont mentionnées tout à la fois dans la partie « En fait » (§§ 47 et 51) pour présenter l'état du droit sur ces deux questions à l'échelle européenne, tout comme dans la partie « En droit ». Sur ce dernier point, la Charte est tout à la fois utilisée pour expliciter la méthodologie décloisonnée du juge (§ 80), comme pour démontrer le niveau de protection atteint en Europe, tant s'agissant du droit d'affiliation syndicale (§ 105) que du droit de conclure des conventions collectives à un niveau approprié (§ 150). Ce « bricolage » révélateur des temps modernes marqués par une ouverture sans limites aux sources venues d'ailleurs (46), est-il positif ou à l'inverse « fracassant et inquiétant (47) » ? La question est posée, le lecteur pourra la méditer en sachant que la méthode et les effets des revirements de jurisprudence furent critiqués par le juge Zagrebelsky dans son opinion séparée.

(46) F. Sudre opère une conceptualisation de ce qu'il nomme la « globalisation des sources » autour de trois idées : leur diversité, leur combinaison et leur interprétation finaliste, v. F. Sudre, « L'interprétation constructive de la liberté syndicale au sens de l'article 11 de la Convention EDH. Note sous l'arrêt *Demir et Baykara* », *JCP G*, n° 5, 28 janvier 2009.

(47) S'agissant de l'important arrêt *Demir et Baykara* et de la rationalisation de l'approche globale qu'il opère, J.-F. Flauss la trouve tout à la fois « fracassante et inquiétante », « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre 2008-février 2009) », *AJDA*, 2009, p. 872 et s.

II^e PARTIE. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES VERTICALESA. — *La Cour de Strasbourg, juge des Cours constitutionnelles*1. *La Cour européenne, juge des procédures constitutionnelles*

La France est en émoi depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 (48) : voilà que le droit constitutionnel français va découvrir les vertus du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. L'article 61 § 1 de la Constitution est une « petite révolution » à lui tout seul et il ne manquera pas de transfigurer les mœurs judiciaires dans l'Hexagone. Les avocats vont devoir tout à la fois découvrir et apprivoiser la Constitution, eux pour qui la Convention européenne comme le droit communautaire n'avaient (presque) plus de secrets ! L'ébullition intellectuelle est à son comble si on en juge par le nombre de colloques et de journées d'études consacré à la mal-nommée exception d'inconstitutionnalité⁴⁹ avant même son entrée en vigueur (49). À ce stade, toutes les conjectures sont de mises pour savoir 1). si la *Question* sera une voie de droit qu'il faudra *ne varietur* épuiser avant de présenter (éventuellement) une requête devant la Cour de Strasbourg ; 2). si un jour la France sera condamnée du fait des éventuels défauts de la procédure « juridictionnalisée » devant le Conseil constitutionnel. Autant d'éléments passionnants à décrypter dans un avenir proche : ce qui est sûr c'est que la diplomatie judiciaire s'est clairement manifestée entre les juges du Palais Montpensier et ceux de Strasbourg, ce qui ne manque pas de confirmer que le dialogue *des* juges passe aussi par un dialogue *entre* juges (50).

Pour l'heure, la Cour européenne continue son travail de « rationalisation » des procédures devant les Cours constitutionnelles afin qu'elles répondent aux canons des exigences posées par l'article 6 § 1. On sait depuis la célèbre affaire *Sussmann* (51) que la durée de la procédure devant les cours constitutionnelles entre dans le champ d'application de l'article 6 § 1. Ceci a été

(48) Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

(49) Elle sera effective une fois adopté le projet de loi organique prévu à cet effet qui doit détailler la procédure de la question également appelée la « question préalable de constitutionnalité ».

(50) On se reportera au site du Conseil constitutionnel qui a mis en ligne l'intervention du juge F. Tulkens consécutive à une visite d'une délégation de plusieurs membres de la Cour européenne au Conseil constitutionnel v. F. Tulkens, « Convention européenne des droits de l'homme et Cours suprêmes ».

(51) Cour EDH, 16 septembre 1996, *Sussman c/ Allemagne*, v. *cette Revue*, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2000, p. 1099.

confirmé dans l'affaire *Melich et Beck* (52) où les requérants se plaignaient d'avoir subi une discrimination raciale dans le domaine de l'éducation. La Cour dû dans un premier temps trancher l'affaire sous l'angle de l'applicabilité de l'article 6§ 1 aux faits de l'espèce. Elle affirma qu'en l'ayant déjà reconnu à des affaires relatives à des cas de discrimination pour des motifs de convictions religieuses ou d'opinion politiques, elle ne voyait « aucune raison d'adopter une autre approche pour les affaires concernant, entre autres, des allégations de discrimination raciale » (§ 43). Ceci posé, elle constatait la violation de l'article 6 § 1 pour la longueur de la procédure devant la Cour constitutionnelle tchèque. Et d'affirmer que « Tout en admettant que son rôle de garant de la Constitution oblige parfois la Cour constitutionnelle à prendre en compte d'autres considérations que le simple ordre chronologique d'inscription des affaires sur son rôle, comme par exemple la nature de l'affaire et son importance sur les plans politique et social, la Cour juge qu'une période de plus de quatre ans pour statuer sur l'affaire des requérants, sachant en particulier quel était l'enjeu pour ces derniers — à savoir le droit à l'instruction — apparaît excessive. » (§ 48) (C'est nous qui soulignons). On le voit, le contrôle est toujours prégnant et n'a aucune raison de faiblir...

2. La Cour européenne, juge des décisions constitutionnelles

Quand la Cour de Strasbourg s'érige en juge des décisions de justice constitutionnelle, le constat de violation est loin d'être agréable pour la Cour constitutionnelle visée. On sait que la République tchèque, depuis son adhésion, est régulièrement sous le coup des projecteurs strasbourgeois. L'arrêt *Husák* (53) démontre — s'il en était encore besoin — à quel point la Cour européenne s'imisce dans les motivations des juges internes pour, le cas échéant, les désavouer. En l'espèce, le requérant estimait que le contrôle juridictionnel de sa détention ne répondait pas aux exigences de l'article 5 § 4 de la Convention (54). Dans le cadre de la procédure interne, il avait été amené à saisir la Cour constitutionnelle (*stavní soud*) aux fins de contestation des décisions des juges du fond qui étaient entachées, selon lui, de plusieurs vices de procédure. La Cour constitutionnelle tchèque le débouta, ne trouvant rien à y redire. C'est précisément ce rejet qui fut minutieusement passé au crible de l'analyse par la Cour de Strasbourg et qui fut, en partie, très explicitement sanctionné (55). L'arrêt est également intéressant car le requérant eut l'audace

(52) Cour EDH, 24 juillet 2008, *Melich et Beck c/ République tchèque*.

(53) Cour EDH, 4 décembre 2008, *Husák c/ République tchèque*.

(54) Il est libellé comme suit : « Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »

(55) Cour EDH, 4 décembre 2008, *Husák c/ République tchèque*, § 44.

de considérer, se plaçant sur le terrain de la sécurité juridique, qu'en statuant sur son recours constitutionnel, « *la Cour constitutionnelle n'[avait] pas respecté la Convention* » et qu'elle était parvenue en outre à une conclusion (le rejet de la demande du requérant) à laquelle elle ne souscrivait plus un mois plus tard dans une autre affaire (§ 52). Arguments juridiquement incorrects ? En tout cas, diplomatiquement délicats. La Cour de Strasbourg s'en est sortie de la sorte aux §§ 54 et 55 : « La Cour admet que les juridictions d'un État, et notamment les instances suprêmes, devraient décider avec une clarté et une cohérence raisonnables afin d'éviter autant que possible l'insécurité juridique et l'incertitude pour les sujets de droit concernés. Dans la présente affaire, l'on ne saurait dire cependant que le requérant s'est retrouvé dans un état d'insécurité juridique du seul fait qu'un mois après la décision sur son recours constitutionnel, la Cour constitutionnelle a accueilli le recours d'un autre demandeur dans une affaire similaire. Il n'y a pas non plus lieu de reprocher à l'État de ne pas avoir assumé son obligation de réagir avec la plus grande cohérence, dans la mesure où la question litigieuse a été ensuite examinée par l'assemblée plénière de la Cour constitutionnelle (voir § 33 ci-dessus) avec l'intention de régler d'éventuelles contradictions. » On aura remarqué qu'elle évita soigneusement de se prononcer sur la première branche du grief, à savoir le non-respect, par la Cour constitutionnelle, de la Convention. Le contentieux tchèque devant la Cour de Strasbourg met assurément en évidence les difficultés pour le gardien de la Constitution d'interpréter les droits et libertés constitutionnels en harmonie avec les exigences conventionnelles (56).

L'autre facette du contentieux révèle un aspect positif où la jurisprudence constitutionnelle est valorisée. Citée (très souvent dans la partie « En fait »), mise en exergue (parfois dans la partie « En droit »), elle peut également participer à la *justification* de l'argumentation déployée par la Cour de Strasbourg. Une telle démarche est d'autant plus intéressante à scruter quand des droits politiques sont en jeu et où les Cours (constitutionnelle et européenne) pèsent ainsi sur l'équilibre démocratique interne. L'arrêt de grande chambre du 8 juillet 2008 rendu dans l'affaire *Yumak et Sadak* est emblématique sur ce point (57). La grande chambre, dans la lignée de la Cour, a décerné un brevet de conventionnalité à l'établissement d'un seuil électoral de 10 % en Turquie pour les élections parlementaires. Autrement dit, point de sièges à

(56) Pour une autre affaire qui a mobilisé l'article 6 § 3 et où la Cour européenne infirme la décision de la Cour constitutionnelle, v. Cour EDH, 24 juillet 2008, *Melich et Beck c/ République tchèque*, § 52.

(57) L'assujettissement des domaines relevant du droit constitutionnel institutionnel à l'emprise conventionnelle est un phénomène toujours plus prégnant mais difficile à cerner avec exactitude tant « l'intensité du contrôle européen dans le contentieux des droits politiques demeure, en l'état actuel, soumis à une géométrie variable et constitue une source d'imprévisibilité », v. J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (mars-août 2008) », *AJDA*, 2008, p. 1929 et s.

l'Assemblée pour les partis politiques qui n'atteignent pas ce seuil, ce qui en l'espèce avait *ipso facto* écarté de la représentation nationale en 2002 un parti pro-kurde rassemblant 6,22 % des suffrages à l'échelle nationale. Sans se pencher sur les contradictions argumentaires de la Cour qui souligne les « effets pervers » d'un tel seuil pour finir par le valider (58), on veut mettre ici en évidence la méthode de la Cour pour justifier cette validation. Or, en dernier ressort, cette méthode repose sur une justification qui prend appui sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque. Les paragraphes 144 à 146 de l'arrêt sont significatifs. On ne citera ici, pour des raisons de place, que le dernier : « *Il en ressort que l'activité de la Cour constitutionnelle, qui veille à prévenir les excès du seuil électoral litigieux en recherchant le point d'équilibre entre les principes de la juste représentation et de la stabilité gouvernementale, constitue une garantie destinée à empêcher que par l'effet du seuil en question, le droit visé à l'article 3 du protocole n° 1 ne soit atteint dans sa substance.* » Voilà que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est utilisée (instrumentalisée penseraient sans doute certains) pour valider un seuil électoral le plus élevé d'Europe et qui, selon les quatre juges dissidents (59), atteint, dans sa substance même, le droit à des élections libres...

B. — *Les Cours constitutionnelles, juges de la constitutionnalité des systèmes transnationaux*

Dans une ère marquée par des théories où le pluralisme constitutionnel est à l'honneur, il est toujours aussi intéressant de scruter la manière dont les gardiens des Constitutions arrivent à conjuguer, sans se renier, leur double appartenance, nationale et européenne.

1. *Les Cours constitutionnelles et la primauté du droit communautaire*

D'une manière ou d'une autre, la jurisprudence constitutionnelle en 2008 met en scène le Traité de Lisbonne et son processus de ratification. Si les procédures qui ont amené les Cours a traité de cette thématique sont extrême-

(58) Le paragraphe 147 récapitule cette contradiction : « *En conclusion, la Cour estime que d'une manière générale, un seuil électoral de 10 % apparaît excessif. À cet égard, elle souscrit aux considérations des organes du Conseil de l'Europe qui soulignent le caractère exceptionnel et élevé du seuil litigieux et en préconisent l'abaissement (paragraphes 57 et 130 ci-dessus). Ce seuil contraint les partis politiques à recourir à des stratagèmes qui ne contribuent pas à la transparence du processus électoral. En l'espèce, toutefois, la Cour n'est pas convaincue que, considéré dans le contexte politique propre aux élections en question et assorti des correctifs et autres garanties qui en ont circonscrit les effets en pratique, il a eu pour effet d'entraver dans leur substance les droits des requérants garantis par l'article 3 du Protocole no1.* »

(59) Il s'agit des juges Tulkens, Vajic, Jaeger et Sikuta.

ment disparates, on constate que les résultats sont marqués par la même cohérence (politique ?) : la préservation du traité. À ces questions qui mettent en avant l'articulation des systèmes (a), s'ajoutent celles qui témoignent des difficultés de mise en œuvre des exigences tirées du droit communautaire et de l'Union (b).

a. Les Cours constitutionnelles et l'articulation des systèmes

Commençons par la *Hongrie* et la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour constitutionnelle (*Alkotmánybíróság*) concernant l'initiative populaire de référendum aux fins de ratification du Traité de Lisbonne. Le 29 avril 2008 (60), la juridiction constitutionnelle, statuant en appel, confirmait la décision du Comité électoral national qui avait refusé de valider l'initiative populaire de référendum. Si le Comité avait considéré que la question était obscure (61) et que l'article 28C§ 5 b) empêchait une telle consultation populaire, la Cour constitutionnelle arriva à la même conclusion en empruntant des chemins différents. Elle rappela tout d'abord que le fait que la Hongrie ait déjà ratifié les traités de base n'exclut pas l'organisation d'un référendum (et de se référer à sa propre jurisprudence du 30 janvier 2006). Toutefois, elle estima en l'espèce que la Hongrie avait ratifié le Traité de Lisbonne sur la base d'un mandat inclut dans une loi adoptée le 17 décembre 2007. Soulignant que la ratification d'un traité international était un acte unique et irrévocable, le Parlement ne pouvait être amené à se prononcer deux fois sur la ratification d'un même traité. Ce point se comprend quand on sait que la condition prévue pour un référendum est que le Parlement doit être compétent pour prendre des décisions et pour légiférer dans le domaine concerné (article 28 B § 1 de la Constitution). Une fois le processus de ratification effectué, cette condition tombe...

Tout autre est le cas de figure en *République tchèque*. L'arrêt de la Cour constitutionnelle (*Ustavní soud*) du 26 novembre 2008 dite *Traité de Lisbonne* (62), intervient dans le cadre du contrôle *a priori* des traités internationaux et c'est dans ce cadre procédural précis que les dispositions contestées (63) du Traité de Lisbonne ont été jugées conformes à la Constitution

(60) Cour constitutionnelle hongroise, 29 avril 2008, n° 61/2008.

(61) Elle était rédigée dans les termes suivants : « *Voulez-vous que la République de Hongrie ne reconnaisse pas la force obligatoire du traité qui résulte de la décision prise lors du Conseil européen de juin 2007 par les chefs d'État et de gouvernement de l'Union européenne ?* »

(62) Cour constitutionnelle tchèque, 26 novembre 2008, *Traité de Lisbonne*, Pl S 19/08. Une version anglaise est disponible sur le site officiel de la Cour : <http://www angl.concourt.cz>

(63) À l'instar de la procédure espagnole de contrôle *a priori* des traités internationaux, le juge constitutionnel n'examine que les dispositions du Traité de Lisbonne dont la conformité à la Constitution ont été explicitement contestées dans la demande des requérants. Autrement dit, on peut parfaitement imaginer qu'un nouveau recours relatif au même traité soit activé...

tchèque, sans qu'un seul des quinze juges n'émette une opinion séparée. Le caractère *pro-integratione* de l'arrêt est un coup dur pour le Sénat — la Seconde Chambre du Parlement qui était *in casu* le saisissant et qui avait obtenu le soutien de l'euroseptique président de la République, Václav Klaus. Le Sénat considérait qu'un jeu de six dispositions du traité de Lisbonne apportaient des modifications essentielles aux éléments substantiels de l'État et à la caractéristique constitutionnelle de la République tchèque en tant qu'État souverain, unique et démocratique. La Cour rejeta une telle vision en commençant d'emblée par rappeler sa jurisprudence, dans la lignée des jurisprudences *Solange II* et *Maastricht* du *Bundesverfassungsgericht*. Et de mentionner qu'elle avait accepté les règles de fonctionnement du cadre institutionnel de l'Union. Et d'estimer qu'un bouleversement radical de situation qui verrait l'abandon des valeurs identitaires de l'Union ou un abus dans l'exercice des compétences transférées est peu probable, pour ne pas dire impensable. Plantant ainsi le décor, la Cour examina successivement les dispositions précises objets de la contestation. Les articles 2 § 2 et 4 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (énumérant les catégories de compétences) ; l'article 352 du TFUE (la fameuse disposition « soupape » permettant au Conseil de légiférer pour atteindre un des objectifs visé à l'article 3 UE) ; l'article 48 §§ 6-7 relatif aux procédures de révision simplifiées (notamment la « clause passerelle ») ; l'article 216 TFUE visant les accords internationaux conclus par l'Union européenne avec les États tiers ou organisations internationales ; la Charte des droits fondamentaux ; et enfin les articles 2 et 7 du TUE. La place manque dans le cadre de cette chronique pour se livrer à une analyse détaillée de cette importante et longue décision. Ce que nous voulons ici mettre en exergue c'est la vision pluraliste du juge constitutionnel tchèque qui aborde les relations entre systèmes et entre juges de façon ouverte, prônant le dialogue « entre partenaires équivalents qui se respectent et se complètent dans leurs activités »... et réfutant la hiérarchie entre les Cours européennes et nationales notamment en matière de protection des droits fondamentaux (64). Les passages consacrés notamment au niveau de protection des droits au sein de l'Union sont tout à faire révélateurs d'une vision marquée par une maxime que nous pourrions résumer ainsi : 'mieux vaut plus de droits que point de droits' ou encore 'la pluralité des systèmes de protection des droits ne tue pas les droits, elle les enrichit' (65).

(64) Cour constitutionnelle tchèque, 26 novembre 2008, *op.cit.*, point 197 : « *In any case, we can also agree with the government's opinion that, even after the Treaty of Lisbon enters into force, the relationship between the European Court of Justice and the constitutional courts of member states will not be placed in a hierarchy in any way ; it should continue to be a dialog of equal partners, who will respect and supplement each other's activities, not compete with each other.* »

(65) Cour constitutionnelle tchèque, 26 novembre 2008, *op.cit.*, point 198. : « *In this regard the Constitutional Court states that the leading principle in the area of human rights and fundamental freedoms is the most effective possible protection of*

b. Les Cours constitutionnelles et la *mise en œuvre* du droit de l'Union

La « petite histoire » de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen n'en finit pas de faire couler beaucoup d'encre et de créer une « toile contentieuse » des plus fournies. Après la contestation de la validité de la décision-cadre elle-même, les décisions d'inconstitutionnalité relatives aux lois nationales de transposition (66), le contentieux concerne tout à la fois celui de l'interprétation des dispositions les plus sensibles de la décision-cadre — avec la mobilisation, qui plus est, de la procédure préjudicielle d'urgence (67) — et l'application quotidienne par les juges du fond des règles de la remise. Sur ce dernier point, des analyses substantielles et particulièrement approfondies devraient être menées pour scruter les méandres de l'édification d'une Europe pénale efficace (68). On se contentera ici de mentionner un arrêt révélateur des incidences procédurales de la procédure induite par le mandat d'arrêt et de la nécessité existentielle d'accepter le principe de reconnaissance mutuelle

the individual, together with the clear enforceability of the rights directly on the basis of catalogs of human rights, usually without the intermediation of other legal texts of lower legal force. Contemporary democratic Europe, in the period after World War II and after the fall of totalitarian regimes in the 1990s, reached an exception level of protection of human rights ; The EU Charter in no way adds problems to this system, but on the contrary — in the area of its competence — suitably expands it, and the individual, for whose benefit the entire structure was built, can only profit from it. Potential future conflicts and disputes about interpretation, which can arise in any area of human activity, are not fundamental from this point of view ; the important thing is the overall purpose, based on timeless values that are of the same or similar nature, whether guaranteed on the domestic, European, or international level. »

(66) Pour un exemple récent, *v. la Cour constitutionnelle de Hongrie*, 12 mars 2008 (n° 32/2008). Dans le cadre d'une procédure de contrôle préalable de constitutionnalité des lois (activée à la suite de la saisine du Président de la République), la Cour constitutionnelle a non seulement déclaré l'inconstitutionnalité de l'accord conclu entre l'Union européenne et l'Islande et la Norvège relatif à la procédure de remise, mais également celle de la loi qui le promulguait (loi du 11 juin 2007). La Cour a déclaré que la ratification de l'accord devra attendre l'entrée en vigueur de la modification de la Constitution et de son article 57 § 4 qui prend désormais expressément en considération « le principe de reconnaissance mutuelle des décisions dans le cadre de l'Union. »

(67) C'est dans le cadre de la nouvelle procédure d'urgence que certaines dispositions de l'importante décision-cadre 2002/584/JAI portant création du mandat d'arrêt européen ont reçu leurs premières interprétations, *v. CJCE*, 17 juillet 2008, *Kozłowski*, aff. C-66/08, *Europe*, octobre 2008, comm. F. Kauff-Gazin, n° 308 ; *CJCE*, 12 août 2008, *Ignacio Pedro Santesban Goicoechea*, aff. C-396/08 PPU, *Europe*, octobre 2008, comm. F. Kauff-Gazin, n° 309 ; *CJCE*, 1^{er} décembre 2008, *Artur Leymann*, C-388/08 PPU, *Europe*, février 2009 ; comm. F. Kauff-Gazin, n° 73.

(68) Certains ont commencé à s'atteler à cette tâche, *v. E. Laforet, La compatibilité du mandat d'arrêt européen avec les droits fondamentaux*, Mémoire, Master Recherche « Droit européen », Université Paris I — Panthéon Sorbonne, 2009, 141 p.

qui en est à la base. Ainsi, la *House of Lords* dans l'affaire *Caldarelli* du 30 juin 2008 (69) a reconnu la validité d'un mandat d'arrêt européen émis par les autorités italiennes en vue de l'exercice de « poursuites pénales », alors que la personne recherchée avait déjà été condamnée en Italie, par contumace, à une peine de onze ans de prison. En droit italien, un procès pénal est un procès continu. Le jugement rendu en première instance ainsi que la peine infligée ne sont susceptibles de passer en force de chose jugée qu'après la conclusion de la procédure d'appel, ce qui n'était pas le cas du requérant. Partant, il était nécessaire de considérer l'intéressé comme faisant l'objet de « poursuites » aux fins de l'application de la décision-cadre. Et la *House of Lords* de rappeler que ce dernier texte — comme les lois nationales de transposition — ont été conçus dans le but de mettre en place une forme de coopération judiciaire entre des États dotés de régimes de procédure pénale différents. Dès lors, ils ne doivent pas être interprétés en supposant que les procédures pénales dans les autres États membres sont identiques à celle du Royaume-Uni. Quand les juges britanniques sont d'irréprochables juges « communautaire » (70) de droit commun !

2. Les Cours constitutionnelles et le renvoi préjudiciel communautaire

La diversité des mœurs judiciaires en Europe engendre, comme à l'accoutumée, des attitudes disparates à l'égard de la procédure de « juge à juge » de l'article 234 T.CE (71) dont on sait qu'elle est essentielle pour une interprétation et application uniformes du droit communautaire. Si le tableau des saisines préjudicielles est très intéressant à étudier pour évaluer l'attitude des juridictions du fond — notamment des nouveaux États membres (72) — l'analyse

(69) House of Lords, 30 juillet 2008, *Caldarelli v. judge for Preliminary Investigations of the Cour of Naples* [2008] 1 WLR 1724.

(70) On devrait adapter cette formule classique car le litige se déroulait dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union (III^e pilier), sauf qu'il est justement difficile pour des raisons de style de la transposer.

(71) Elle est une procédure étrangère à toute initiative des parties. Ce point procédural capital fut encore rappelé récemment par la Cour de justice : CJCE, 12 février 2008, *Kempter*, C-2/06, *nep*, points 41, 42.

(72) La Roumanie — et plus particulièrement le *Tribunalul Dambovită* — a activé pour la première fois (le 24 janvier 2007) le mécanisme préjudiciel en demandant que la procédure d'examen d'urgence soit appliquée à l'affaire (article 104 *bis* al. 1 du règlement de procédure). Cette demande lui a été refusée par voie d'ordonnance, le président de la Cour estimant non remplies les conditions de l'urgence en estimant notamment que le caractère extraordinaire de l'urgence ne peut pas découler du seul fait que la demande de décision préjudicielle a été introduite dans le cadre d'une procédure nationale d'urgence, CJCE, Ord., 3 avril 2007, point 7. La Cour rendait son interprétation des articles 18 et 27 de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et de leurs familles de circuler librement dans son arrêt du 10 juillet 2008, *Jipa*, C-33/07. De même, dans un arrêt du 20 février 2008 ((III SK 23/07), la Cour

de l'attitude des juges constitutionnels est tout aussi passionnante. De l'empathie (a) à la défiance (b), c'est tout le rapport au droit « intégré » que ces attitudes révèlent.

a. L'empathie juridictionnelle

Aujourd'hui, la palme de l'empathie juridictionnelle à l'endroit de la saisine préjudicielle communautaire revient sans discussion possible à la Cour constitutionnelle *belge*. Elle se singularisa très tôt en la matière — à une époque où elle arborait encore le nom de Cour d'arbitrage (73) — et ne cessa de le faire ces dernières années. En plus de s'être distinguée en 2005 pour avoir posé des questions en appréciation de validité relative à de très importantes dispositions de droit dérivé — tant du III^e pilier (74) que du I^{er} (75) — la Cour constitutionnelle n'a pas hésité également à saisir la Cour de justice aux fins d'interprétation de directives aux conséquences « constitutionnelles » internes majeures (76). Quand la Cour de justice est en mesure de devenir indirectement l'arbitre des inextricables conflits entre le centre et la périphérie en Belgique — qui font régulièrement craindre pour la survie de cet État pas tout à fait comme les autres — cela mérite d'être signalé. L'affaire qui donna lieu à l'arrêt de la Cour de justice le 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand* en est un exemple emblématique dans la mesure où le conflit de compétence opposant plusieurs entités infra-étatiques était caractéristique de la division

suprême polonaise pour la première fois s'est prononcée sur la notion de « juridiction qui statue en dernier ressort ». Elle a estimé que la Cour d'appel n'était pas dans l'obligation de saisir la Cour de justice car sa décision était susceptible d'un pourvoi en cassation. Et de considérer que le fait que ce pourvoi était un recours extraordinaire — à interjeter à l'encontre des décisions passées en force de chose jugée) — limité aux questions de droit, ne permettait pas d'infirmar cette conclusion.

(73) Le 19 février 1997, la Cour de Luxembourg recevait la première question préjudicielle posée par la Cour d'Arbitrage belge à propos de l'interprétation de certaines dispositions de la Directive 93/16/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle des diplômes (C-93/97). La Cour de justice lui répondait le 16 juillet 1998, *Fédération belge des Chambres syndicales de médecins ASBL*, C-93/97, *Rec.* p. I 4837).

(74) Question posée par la Cour d'arbitrage belge le 29 juillet 2005 sur la *validité de la décision-cadre* sur le mandat d'arrêt européen. La réponse de la CJCE, Gde Ch., 3 mai 2007, *Advocaten voor d Wereld VZW*, C-303/05 fut largement commentée...

(75) Question posée par la Cour d'arbitrage belge le 13 juillet 2005 sur la *validité de la directive* sur le blanchiment des capitaux. Réponse de la CJCE, Gde Ch., 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05, *Rec.* p. I 5305).

(76) Pour une explication, en termes constitutionnels, de cette ouverture au mécanisme de l'article 234 CE, on se reportera à l'excellente analyse de T. Vandamme, « Prochain arrêt : la Belgique ! Explaining Recent Preliminary Ruling of the Belgian Constitutional Court », *European Constitutional Law Review*, 2008, 4, pp. 127-148.

politico-linguistique de la Belgique (77). La question technique posée par la Cour constitutionnelle revenait à savoir si le droit communautaire pouvait empêcher une entité autonome d'un État membre (*in casu* le gouvernement flamand) de subordonner le bénéfice des prestations de sécurité sociale à la condition de résider sur le territoire de cette entité en excluant, de ce fait, les personnes qui travaillent sur le territoire en question, mais qui résident dans une autre partie du territoire national. On voit bien qu'en creux, indirectement mais sûrement, c'est l'incidence du droit communautaire sur la structure fédérale ou décentralisée d'un État membre qui est en jeu. Le tout étant ce faisant de savoir ce qu'est une « situation purement interne » afin éventuellement d'échapper à la sphère du droit communautaire (78). Sans rentrer dans les méandres complexes d'une affaire où la question de la discrimination à rebours était notamment en jeu (79), on peut toutefois souligner que la Cour balaya d'un revers de plume un des arguments avancés par le gouvernement flamand qui, pour justifier sa législation discriminatoire, invoquait des considérations tirées des exigences inhérentes à la répartition constitutionnelle des pouvoirs (80). Et la Cour de justice de lui répondre qu'une « telle argumentation ne saurait être accueillie », car « il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour qu'une autorité d'un État membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne, y compris celles découlant de l'organisation constitutionnelle de cet État, pour justifier l'inobservation des obligations résultant du droit communautaire. » (point 57, c'est nous qui soulignons). L'avenir du contentieux généré par des saisines constitutionnelles belges ne manquera pas de s'étoffer. En effet, deux affaires ayant pour origine une saisine de la Cour constitutionnelle sont aujourd'hui pendantes. L'une d'entre elle (81) — l'affaire *Bressol et Chaverot* (82) — met en lumière

(77) Question posée par la Cour constitutionnelle le 19 avril 2006 sur les conditions d'affiliation au régime de l'assurance soins. La demande d'interprétation porte sur plusieurs dispositions de droit primaire (18 CE, 39 CE et 43 CE) et sur un règlement. Réponse de la CJCE, Gde Ch., 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon* (C 212/06, *Rec.* p. I 1683).

(78) On se reportera aux très intéressantes conclusions d'Eleannor Sharpston prononcées le 28 juin 2007.

(79) Pour une analyse critique de l'arrêt en la matière, v. C. Dautricourt, S. Thomas, « Reverse discrimination and free movement of persons under Community law: All for Ulysses, nothing for Penelope ? », *ELR*, 2009, n° 34, pp. 433-454.

(80) Et de considérer que « la Communauté flamande ne pourrait exercer aucune compétence en matière d'assurance soins à l'égard de personnes résidant sur le territoire d'autres communautés linguistiques du Royaume de Belgique. » (point 57).

(81) La seconde affaire — *Base S.A. e.a.* (C 389/08) — découle d'une question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle le 8 septembre 2008 et concerne l'interprétation de l'article 12 de la « directive service universel » du 7 mars 2002 (directive 2002/22/CE).

(82) Question posée par la Cour constitutionnelle le 22 février 2008 concernant l'interprétation de l'article 12-1 CE et l'article 18-1 CE combiné avec les articles 149

de très difficiles questions concernant l'équilibre à trouver entre les objectifs de l'intégration (qui induit la libre circulation des personnes, notamment des étudiants) et les déséquilibres internes que cette liberté peut occasionner. Les étudiants français en kinésithérapie ainsi que ceux poursuivant des études de vétérinaires ont compris depuis longtemps les vertus de la libre circulation ; et pour cause, c'est une opportunité rêvée pour contourner les effets drastiques des barrières mises en place par la législation française : *numerus clausus* pour les premiers, cours préparatoires et concours pour les seconds. La Belgique n'établissant pas de telles sélections, les établissements supérieurs de la Communauté française ont été pris d'assaut depuis plusieurs années par un afflux d'étudiants français qui ont pu s'inscrire, sans sélection aucune, dans ces deux filières. Compte tenu des ressources budgétaires, humaines et matérielles des établissements concernés, devant les risques de diminution de la qualité de l'enseignement, et *last but not least*, devant le danger de la mise à mal du système de santé publique, le Parlement de la Communauté française décidait à son tour d'établir une sélection... par la résidence (83). Les étudiants français, arguant de la discrimination de cette formule, l'attaquèrent en annulation, tandis que la Commission européenne, alertée par une éventuelle violation avec les règles classiques du droit communautaire, décidait de suspendre pendant cinq ans la procédure afin de « *permettre aux autorités belges de fournir des données supplémentaires étayant l'argument selon lequel les mesures de restriction imposées sont à la fois nécessaires et proportionnées* »... Affaire sensible on le voit qui, par le truchement du juge constitutionnel belge, va amener la Cour de justice à se positionner sur des problèmes liés au *forum shopping* de l'enseignement supérieur dont on voit qu'ils bouleversent les équilibres internes de certains États. On notera que l'article 13-2 c) du Pacte international sur les droits économiques et sociaux (84) s'invita dans les discussions grâce à la saisine constitutionnelle et donna l'occasion à l'avocat général d'en fournir une interprétation (85). Pour le défenseur objectif du droit, en l'espèce M^{me} Sharpston, cette interprétation corrobore ses conclusions sur la base de la seule analyse du droit communautaire : « *Les problèmes auxquels la Communauté française est confrontée ne sont certes pas négligea-*

et 150 CE. Elle est référencée avec le numéro C-73/08, *Bressol et Chaverot*. L'avocat général Sharpston a présenté ses conclusions le 25 juin 2009.

(83) Le Décret du 16 juin 2006 établit en fait un *numerus clausus* pour l'inscription de non résidents et il définit les « résidents », qui échappent au *numerus clausus*, par une double condition. En substance, les « résidents » sont des personnes qui ont à la fois leur résidence principale en Belgique et qui ont le droit d'y séjourner de manière permanente.

(84) Il se lit ainsi : « *Les États parties au présent Pacte reconnaissent qu'en vue d'assurer le plein exercice de ce droit : (.../...) c) L'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité* ».

(85) Points 134 à 144 des conclusions de l'avocat général Sharpston.

bles. Cependant, ils doivent être résolus non à l'aide d'un nouvel avatar du principe d'« égalité de ceux qui sont à l'intérieur du cercle magique » (en l'occurrence, les ressortissants belges), mais dans le respect du « statut fondamental » de la citoyenneté de l'UE en garantissant un égal accès à la formation pour tous les citoyens de l'UE, indépendamment de leur nationalité » (point 143). Il sera particulièrement intéressant de découvrir la réponse de la Cour sur un sujet aussi sensible et de savoir si elle s'alignera sur les conclusions somme toute orthodoxes de l'avocat général (86). En tout état de cause, il n'est pas aberrant d'affirmer que la Cour constitutionnelle belge se trouve aujourd'hui dans une position stratégique : ouverte à la procédure phare du « dialogue intégré » (87), elle l'utilise à bon escient afin de porter au grand jour des questions constitutionnelles majeures qui touchent non seulement à l'équilibre interne des pouvoirs, mais également aux équilibres socio-économiques de l'intégration politique.

La Belgique n'est pas uniquement à l'honneur dans l'utilisation de l'article 234 TCE. Il convient également de mentionner l'Italie et la Lituanie dont les Cours constitutionnelles se sont distinguées dans le maniement du mécanisme préjudiciel. Si la Cour constitutionnelle romaine a bouleversé sa jurisprudence traditionnelle en la matière, la Lituanie — dans la mouvance des autres États qui l'ont précédé dans cette voie — s'inscrit à l'inverse dans un mouvement qui est passé d'emblée par l'acceptation de la procédure préjudicielle.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne en matière de renvoi préjudiciel a longtemps été marquée du sceau du refus : celui de se considérer comme une « juridiction d'un État membre » susceptible d'activer le mécanisme préjudiciel de l'article 234 TCE (88). L'argument était simple. La Cour estimait qu'elle n'était pas une juridiction « comme les autres », *i.e.* comme les juridictions ordinaires qui pouvaient être simultanément juges communautaires de droit commun et juge de la légalité nationale. La vague du changement

(86) M^{me} Sharpston proposait à la Cour de répondre de la manière suivante : « Les articles 12, premier alinéa, CE et 18, paragraphe 1, CE, lus en combinaison avec l'article 149, paragraphes 1 et 2, deuxième tiret, CE et avec l'article 150, paragraphe 2, troisième tiret, CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à des mesures comme celles contenues dans le Décret régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur, adopté par la Communauté française de Belgique. » La réponse aux deux premières questions n'est pas affectée par la prise en compte de l'article 149, premier alinéa, *in fine*, CE et de l'article 13.2, c), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. »

(87) Cette expression de « dialogue intégré » à été utilisée dans le cadre de notre contribution écrite en hommage à Bruno GENEVOIS, « De l'internationalisation du dialogue des juges », *Le dialogue des juges. Mélanges en hommage au Président Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp.

(88) Cour constitutionnelle italienne, Ordonnance du 15 décembre 1995, n° 536/1995, reproduite dans *Il Foro Italiano* 1996, I, p. 783.

a pris la forme de deux décisions du 12 février 2008 (89). La Cour fut saisie à titre principal, sur la base de l'article 134 de la Constitution, d'un recours de l'État central contre une loi de la région de Sardaigne qui avait imposé une taxe sur certaines escales d'aéronefs et d'unités de plaisance aux seuls non-résidents. L'État invoquait la violation par la région des dispositions communautaires relatives à la libre prestation de services (articles 49 TCE) et aux aides d'État (article 87 T.CE). Contrairement à une jurisprudence bien établie, la Cour se considéra, dans cette affaire, comme une « juridiction d'un État membre » pouvant et même déclenchant *in casu* le renvoi préjudiciel en interprétation du droit communautaire (90). La raison du revirement réside dans la configuration particulière du litige. Il faut en effet relever que sur la base du nouveau libellé de l'article 117§ 1 de la Constitution italienne — résultat de la réforme constitutionnelle de 2001 — la Cour constitutionnelle est compétente pour connaître à titre principal des litiges opposant l'État à une région ou à une des deux provinces autonomes de Trento et Bolzano (91). Autrement dit, de tels litiges ne passent pas par le détour des juges ordinaires *via* la question d'inconstitutionnalité ; ici, le juge constitutionnel intervient en première et dernière instance et se doit respecter le libellé de l'article 117 § 1 qui a constitutionnalisé le respect des obligations tirées du droit de l'Union européenne (92). Le lecteur aura compris que c'est uniquement dans le cadre de la compétence que la Cour détient à titre principal qu'elle considérera devoir agir comme « juge communautaire de droit commun » ; dans les autres cas de figure, ce sont les juges ordinaires qui le sont et le restent. Cet arrêt démontre à l'envis que des affaires portées devant des juridictions constitutionnelles peuvent parfaitement soulever des questions de droit communautaire

(89) Cour constitutionnelle italienne, 12 février 2008, n° 102/2008 et n° 103/2008, v. le commentaire de L. S. Rossi sur les décisions n° 348 et 349/2007 du 22 octobre 2007 et n° 102 et 103 du 12 février 2008, *CMLR*, vol. n° 46-n° 1, 2009, pp. 319-331.

(90) Par une ordonnance du 12 février 2008 (n° 103/2008), la Cour constitutionnelle a décidé de surseoir à statuer dans le cadre de procédure en « légalité constitutionnelle » pendante devant elle afin de poser quatre questions à la Cour de justice. L'affaire est référencée avec le n° C-169/08 et porte le nom de *Presidente de Consiglio dei Ministri c/ Regione autonoma delle Sardegna*. L'avocat général J. Kokott a rendu ses conclusions le 2 juillet 2009 et prend le temps de relever que « La présente demande de décision préjudicielle marque un tournant dans la jurisprudence de la *Corte costituzionale*. Si cette *Corte* avait jusqu'à présent nié sa qualité de juridiction au sens de l'article 234 CE, elle prend ainsi désormais place parmi les juridictions constitutionnelles nationales qui entretiennent un lien de coopération active avec notre Cour ».

(91) En miroir, elle peut également connaître à titre principal des recours formés par une région ou une province à statut spécial contre un loi adoptée par une autre région ou par l'État.

(92) Il se lit ainsi : « Le pouvoir législatif appartient à l'État et aux régions en vertu de la Constitution et dans les limites du droit de l'Union européenne et des obligations internationales. »

déterminantes aux fins de la résolution du « litige » constitutionnel. Dans ce cas de figure, l'« européenisation » de la Constitution permet de régler sans difficulté majeure l'articulation des obligations : l'obligation de respect du droit communautaire s'étant muée en une obligation du respect de la Constitution. Le droit communautaire devient ainsi, par la force des choses ou plutôt par la volonté du constituant, un « élément constitutif du paramètre de constitutionnalité ».

Le cas de la *Lituanie* — « jeune » État membre ayant intégré l'Union le 1^{er} mai 2004 — démontre parfaitement ce jeu de l'interpénétration des sources et ce faisant des obligations. L'allégeance au Droit est désormais une allégeance « métissée ». La Cour constitutionnelle (*Konstitucinis teismas*) de Vilnius saisissait avec une célérité remarquable la Cour de justice par une ordonnance du 8 mai 2007, soit trois ans à peine après l'adhésion. Les requérants étaient un groupe de parlementaires lituaniens qui, sur la base de l'article 102 de la Constitution de 1992, avaient saisi (93) la Cour constitutionnelle dans le cadre du contrôle *a posteriori* des lois à la Constitution d'une demande visant à faire contrôler la conformité une disposition de la loi lituanienne sur l'électricité (94) à la directive 2003/54 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (95). Or, le juge constitutionnel n'hésita pas, devant les doutes qui le saisirent quant à l'interprétation de certaines dispositions de la directive, à se retourner vers les juges du Plateau du Kirchberg. Les remarques liminaires de l'avocat général Juliane Kokott — qui présentaient ses conclusions le 12 juin 2008 — sont intéressantes. Elle commence par

(93) Six mois à peine après l'adhésion, *i.e.* le 28 octobre 2004.

(94) Loi n° IX-2307, du 1^{er} juillet 2004 (*Lietuvos Respublikos elektros energetikos /statymo pakeitimo /statymas* Nr. IX-2307 *in.*, 2004, Nr. 107-3964).

(95) La problématique pourrait être résumée de la sorte. La directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité réglemente, entre autres, *l'accès des tiers aux réseaux d'électricité*. Dans le cadre de son contrôle des dispositions de la loi nationale de transposition relative au raccordement au réseau, la Cour constitutionnelle de la République de Lituanie sollicite de la Cour de justice une interprétation de ladite directive. La réglementation nationale litigieuse prévoit en effet que les clients doivent être, en première ligne, *raccordés* au réseau de distribution. Un client ne reçoit *un accès direct* au réseau de transport, en amont, que si le gestionnaire du réseau de distribution refuse, pour des raisons techniques, de le raccorder à son réseau. Pour certains clients, il serait cependant plus intéressant de pouvoir choisir librement d'être raccordés au réseau de transport, afin de ne pas avoir à supporter le coût de l'acheminement à travers le réseau de distribution. La question se pose de savoir si l'article 20, paragraphe 1, de la directive 2003/54, qui réglemente l'accès des tiers au réseau, garantit une telle liberté de choix. Les requérants estiment que la directive confère au client le droit de choisir librement le réseau auquel il souhaite être raccordé. Le Parlement lituanien (*Seimas*), partie intéressée dans la procédure au principal, est en revanche d'avis que ce point n'est pas couvert par la directive et que les États membres peuvent le réglementer librement.

relever de manière générale que la qualité de « juridiction » du *Konstitucinis teismas* ne fait pas de doute (point 14) car les juridictions constitutionnelles « relèvent bien de la notion de juridiction au sens de l'article 234 TCE ». On sait parfaitement que les choses sont plus complexes et que les spécificités de la procédure devant la Cour constitutionnelle conditionnent la possibilité de saisir la Cour de justice. D'ailleurs, le fait que l'avocat général poursuive et détaille plus finement les particularités de la procédure constitutionnelle à l'origine de la saisine préjudicielle en témoigne. J. Kokott pointe les particularités du contentieux constitutionnel lituanien en cause pour démontrer que la saisine préjudicielle était techniquement possible : 1). la Cour constitutionnelle est appelée à « rendre une *décision de caractère juridictionnel* dans l'affaire au principal » (point 16) 2). « *la procédure au principal* vise au contrôle d'une loi déjà en vigueur ». Il ne s'agit donc pas d'une « consultation de la juridiction constitutionnelle au cours du processus législatif », mais bien d'une procédure de contrôle de constitutionnalité dans laquelle la Cour constitutionnelle est habilitée à « déclarer la loi nationale inapplicable *erga omnes* » (point 18). Autant de précisions importantes rappelées par la Cour de justice qui rendait son arrêt en interprétation le 9 octobre 2008 — *Julius Sabatauskas* (96) — en conformité avec la solution préconisée au fond par l'avocat général. Le jeu de l'interpénétration des sources explique que la Cour constitutionnelle ait jugé que le problème de l'interprétation d'une disposition d'une directive revenait *in fine* à un problème constitutionnel, à l'instar de ses consœurs italienne et belge. Le point 16 de l'arrêt de la Cour de justice nous en donne l'explication : « *...selon la Constitution [lituanienne], les normes juridiques de l'Union européenne font partie de l'ordre juridique de la République de Lituanie et que, dans les cas où cela découle des traités sur lesquels est fondée l'Union, ces normes sont d'application directe et, en cas de conflit de normes, elles priment la norme nationale. Or, la directive ayant été adoptée sur le fondement des articles 45 CE, 55 CE et 95 CE, la juridiction de renvoi [la Cour constitutionnelle] estime qu'il convient d'interpréter l'article 15, paragraphe 2, de la loi relative à l'électricité, dans sa rédaction issue de la loi n° IX 2307, du 1^{er} juillet 2004, au regard de la directive* ». L'étude du mécanisme préjudiciel sur saisine des Cours constitutionnelles a, sans nul doute, encore de beaux jours devant elle.

b. La défiance juridictionnelle

Il est des pays où la réticence à l'endroit du mécanisme de renvoi en tant que tel est manifeste et jette, pour le coup, une ombre sur la cartographie de la coopération juridictionnelle. Elle ne provient pas forcément des cours elles-mêmes, mais plus du législateur qui entend préserver, d'une manière ou d'une autre, l'autonomie procédurale propre à certaines traditions juridiques. Le cas de *Chypre* est particulièrement symptomatique d'un jeune État membre,

(96) CJCE, 9 octobre 2008, *Julius Sabatauskas e.a.*, aff. C-239/07, point 15, *nep.*

à l'histoire particulièrement complexe et douloureuse, qui n'entend pas abdiquer ses spécificités juridictionnelles quitte à se retrouver en porte à faux avec ses obligations tirées de l'article 234 TCE (97). L'adhésion de cette île — divisée et occupée dans sa partie Nord — a occasionné de nombreux ajustements législatifs. Parmi moult réformes, l'une a consisté à modifier à deux reprises (en 2007 et 2008) la loi de 1960 sur les tribunaux (*Courts of Justice Law*) afin de prévoir la possibilité pour les juridictions du fond de renvoyer des questions à la Cour de Luxembourg, tant dans le cadre du premier pilier (234 TCE) que dans le cadre du III^e pilier (35 UE) (98). Or, le moins que l'on puisse dire, c'est que législateur n'a pas voulu *a priori* faciliter les choses aux juridictions chypriotes ordinaires dans le manquement du renvoi préjudiciel. En effet, dans l'hypothèse où une Cour de première instance décide ou non le renvoi devant la Cour de justice, un appel peut être interjeté devant la Cour suprême dans un délai de 15 jours consécutif à cette décision. La conséquence d'un tel droit d'appel est que la Cour suprême (99) peut parfaitement décider de refuser le renvoi qui avait été décidé par la juridiction inférieure ou *vice versa*, c'est-à-dire accepter le renvoi qui avait été refusé par la juridiction du fond (100)...Une telle formule procédurale serait *a priori* la manifestation d'une violation de la liberté des juridictions ordinaires qui ne statuent pas en dernier ressort de décider, *proprio motu*, le renvoi conformément au libellé du § 3 de l'article 234 TCE. Chypre n'est certainement pas le seul pays à connaître une procédure d'appel contre une décision de renvoi préjudiciel, la jurisprudence la plus classique (101), éclairée par une décision récente (102), le démontre. Ce qui en ressort c'est

(97) Je tiens ici à remercier chaleureusement Stéphanie Laulhé Shaelou, *Assistant Professor* au Département de droit de l'Université de Nicosie, pour m'avoir transmis, avant sa publication officielle, son analyse très fouillée sur les adaptations du droit chypriote aux obligations tirées du droit communautaire, v. « Back to reality: the implications of EU membership in the constitutional order of Cyprus », à paraître dans l'ouvrage collectif dirigé par A. Lazowski, *Brave New world: application of EU law in the new member States*, TCM Asser Press, The Hague, 2009.

(98) La loi de 2007 a amendé l'article 25 de la loi de 1960 en y ajoutant un paragraphe (2A) afin de l'adapter aux particularités de l'article 234 CE (*Journal officiel*, n° 4135, 18 juillet 2007). C'est la loi de 2008 qui a ajouté un article 34 (A) à la loi de 1960 afin de réglementer le manquement du mécanisme préjudiciel spécifique de l'article 35 UE (en plus d'avoir modifié le paragraphe (2A) de l'article 25).

(99) Les compétences de la Cour suprême — composée de 13 juges — sont particulièrement variées pour ne pas dire hétérogènes. À noter qu'elle détient des compétences en matière constitutionnelle, v. *Les juridictions des États membres de l'Union européenne*, Luxembourg, OPOCE, 2009, pp. 117-134.

(100) S. Laulhé Shaelou, *op. cit.*, point 2.1.

(101) CJCE, 16 janvier 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, *Rec.* p. 33, point 3.

(102) CJCE, Gde Ch., 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, concl. M. Poiares Maduro du 22 mai 2008. La réponse de la Cour à la troisième question préjudicielle posée par le juge hongrois est importante : « Eu égard à ce qui précède, il doit être

que la liberté des juridictions ne statuant pas en dernier ressort ne doit pas être, d'une manière ou d'une autre, entravée. En attendant, la Cour suprême chypriote a, conformément à ce que prévoyait la législation de 2007 (103), détaillé la procédure du droit d'appel dans le cadre du mécanisme du renvoi préjudiciel. Selon l'article 4 alinéa c) du règlement — qui s'inspire largement et assez logiquement du droit britannique (104) — le greffier compétent pour l'accomplissement des modalités de renvoi n'effectue ce dernier que si le délai d'appel contre l'ordonnance de renvoi a expiré ou si l'appel exercé contre une telle ordonnance a été rejeté. Ces règles s'insèrent dans le cadre général des compétences de la Cour suprême dans le champ administratif où elle est une instance d'appel. Guettons la pratique pour voir si le juge suprême accepte aisément les appels contre des décisions de renvoi, au risque d'atteindre dans sa substance l'esprit de la coopération juridictionnelle...

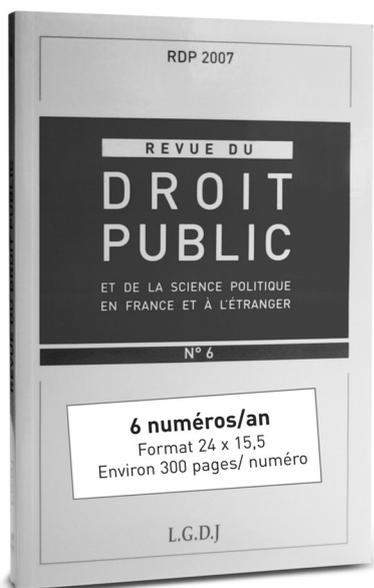
Laurence BURGORGUE-LARSEN

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)
Directeur du Centre de Recherche sur l'Union européenne

répondu à la troisième question posée que, *en présence de règles de droit national relatives au droit d'appel contre une décision ordonnant un renvoi préjudiciel*, caractérisées par la circonstance que l'intégralité de l'affaire au principal demeure pendante devant la juridiction de renvoi, seule la décision de renvoi faisant l'objet d'un appel limité, *l'article 234, deuxième alinéa, CE doit être interprété en ce sens que la compétence que cette disposition du traité confère à toute juridiction nationale d'ordonner un renvoi préjudiciel devant la Cour ne saurait être remise en cause par l'application de telles règles* qui permettent à la juridiction saisie en appel de réformer la décision ordonnant un renvoi préjudiciel devant la Cour, d'écarter ce renvoi et d'enjoindre à la juridiction ayant rendu ladite décision de reprendre la procédure de droit interne qui avait été suspendue. » (point 98). (C'est nous qui soulignons).

(103) Le 8 mars 2008 la Cour Suprême de Chypre adoptait le Règlement 1/2008 relatif au renvoi préjudiciel devant la CJCE (publié à l'Annexe II du *Journal Officiel* de la République de Chypre, n° 4076 du 28 mars 2008). Il s'agit là de la mise en œuvre d'un des aspects de la réforme de 2007. La loi avait en effet prévu expressément (conformément à l'article 69(2) modifié à cet égard que la Cour suprême chypriote pourrait réglementer le mécanisme procédural du renvoi.

(104) « Logiquement » au regard de l'histoire du pays et de l'influence de la *common law*, v. S. Laulhé Shaelou, *passim*.



La RÉFÉRENCE

en droit constitutionnel,
administratif, politique
et international

Au sommaire : Point de vue ■ Doctrine
■ Chroniques jurisprudentielles ■ Dossiers
thématiques ■ Notes de jurisprudence

Retrouvez l'intégralité des numéros de la Revue depuis 2005, sur Lextenso.fr...

BULLETIN D'ABONNEMENT 2009

OUI, je souscris un abonnement annuel

- à la **REVUE DU DROIT PUBLIC**. Je recevrai les 6 prochains numéros de la Revue.
 TARIF FRANCE 123 € TTC (120,47 € HT) ÉTRANGER 133 €
- à la **base en ligne Lextenso.fr** formule Focus REVUE DU DROIT PUBLIC.
Je bénéficie, pendant un an, d'un accès illimité à l'intégralité de la REVUE DU DROIT PUBLIC
publiée depuis 2005
■ Tarif abonné à la revue 46,64 € TTC (39 € HT) ■ Tarif non-abonné 154,28 € TTC (129 € HT)
- Je joins mon règlement par chèque à l'ordre de Lextenso éditions. Je réglerai à réception de facture.

Raison sociale _____
Nom _____ Prénom _____
Fonction _____
Adresse _____
Code postal _____ Ville _____
Tél. _____ Fax _____
E-mail _____

À RETOURNER à Lextenso éditions 33, rue du Mail 75081 PARIS CEDEX 02
ou par Fax au 01 49 26 06 48

Pour toute information complémentaire, contactez le 01 42 61 93 03.

L.G.D.J

lextenso éditions

Le directeur de la publication : EMANUELLE FILIBERTI

DÉPÔT LÉGAL : 2009, N° 4385 — 3^e trimestre 2009 — AUT. DE 4-4-1945
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE - Lextenso éditions PARIS
CPI. IMPRIMERIE FRANCE QUERCY. ZA Des Grands Camps, 46090 MERCUÈS, N° 91245 — 4-2009
Commission paritaire : n° 0712T81972

Imprimé en France