HAL
open science

Chronique de jurisprudence européenne comparée (2009)

Laurence Burgorgue-Larsen

To cite this version:

Laurence Burgorgue-Larsen. Chronique de jurisprudence européenne comparée (2009). Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2010, CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE, 2010 (6), pp.1807 - 1842. hal-01519968

HAL Id: hal-01519968

https://hal.science/hal-01519968v1

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 (2009)

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

SOMMAIRE

I. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES HORIZONTALES

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

1. *La Charte, contraignante at last !*

2. *La Convention, toujours présente*

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

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

2. *La Cour de Strasbourg, interprète du droit communautaire*

II. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES VERTICALES

A. — *La Cour de Strasbourg, juge des Cours constitutionnelles*

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

1. *Les Cours constitutionnelles, « juges » des exigences communautaires*

2. *Les Cours constitutionnelles et la portée des arrêts de la Cour de Strasbourg*

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

Le 1er décembre 2009 est une étape (de plus) dans l'intégration européenne : elle marque la date d'entrée en vigueur — acquise non sans mal (1) — du désormais fameux « traité de Lisbonne ». S'il n'a rien d'un traité simplifié (2), s'il fait regretter amèrement l'architecture logique et ambitieuse du traité établissant une Constitution pour l'Europe, il n'en reste pas moins qu'il sera celui qui, dans l'histoire de la construction européenne, aura mis un terme à une période passablement tumultueuse. Est-ce à dire que tout est résolu et que les maux dont souffre l'intégration vont disparaître rapidement ? Évidemment non. Les États et les institutions de « l'Union » sont encore et toujours englués dans une logique de fuite en avant politique où l'élargissement devient une fin en soi et où les soubassements sociaux de l'intégration sont par trop ignorés. Mais où est donc passé « l'esprit de Philadelphie » est-on tenté de s'interroger avec Alain Supiot (3) ? En attendant que des Hommes et Femmes politiques d'envergure — ayant un *sens* politique qui implique l'existence d'une *vision* de l'intégration — prennent les rênes des destinées des États comme des institutions européennes, le dialogue des juges continue de marquer le tempo de l'intégration. Il met en place à sa manière des contre-pouvoirs, tant aux maux des États, encore trop enclins à jouer en solo en oubliant le sens du collectif, qu'aux dérives des institutions de l'Union trop enclines — notamment sous l'ère Barroso — à céder aux forces du « tout marché » en oubliant que « l'économie *sociale* de marché » fait partie des valeurs intrinsèques de la construction européenne.

---

(1) Le peuple irlandais rejetait le 12 juin 2008 à 53,4 % la ratification du traité de Lisbonne. Le taux de participation s'élevait à l'époque à 53,1 %. Près de quinze mois plus tard et après une seconde campagne référendaire, les Irlandais disaient « oui » à la ratification du traité le 2 octobre 2009 : 67,13 % des votants l'approuvaient, tandis que 32,87 % le rejetaient et 0,40 % manifestait leur « mécontentement » en déposant dans les urnes un bulletin nul ou blanc. La participation y fut élevée puisqu'elle passa à 59 %. Le destin du traité de Lisbonne fut ensuite entre les mains de l'euro-sceptique président de la République tchèque, Vaclav Klaus, entré dans une stratégie du « donnant-donnant » de dernière minute avec les institutions communautaires et les autres États membres. Il débloquait la situation en novembre 2009.

(2) Au-delà des multiples aspects techniques qui démontrent sa complexité (et qu'il n'est pas possible d'aborder ici), on signalera que sous ce vocable « simplificateur » de traité de Lisbonne se cachent deux traités, le Traité sur l'Union européenne et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 37 protocoles et 65 déclarations.

(3) Il convient de lire son essai magistral qui démontre avec une force de conviction remarquable les travers du « tout marché », *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, 173 p. Sa présentation de la jurisprudence de la Cour de justice (et notamment des arrêts *Viking* et *Laval* de 2007) est intéressante mais synthétique. Pour une analyse plus nuancée de ces arrêts et de la jurisprudence communautaire en général sur les questions sociales, on renvoie — parmi beaucoup d'autres — à l'article du juge A. Rosas, « Finis Europae Socialis ? », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 591-607.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

I. — Les interactions organiques horizontales

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

Ce qui devait bien finir par arriver arriva : la force contraignante de la Charte des droits fondamentaux de l'Union est devenue une réalité juridique tangible et non plus uniquement rêvée ou souhaitée par certains (1). Les membres de la « Convention Herzog » avaient bien eu raison de l'élaborer « *comme si* » elle allait (un jour) arborer l'allure de la force contraignante. Guy Braibant — un des plus illustres conventionnels — n'a pas pu assister à cet événement ; il aurait été, à coup sûr, extrêmement heureux d'en prendre connaissance, lui qui avait œuvré sans relâche à l'élaboration et à la promotion de ce texte reflétant un « fonds commun de valeurs » pour reprendre son heureuse formule. La fin de l'année 2009 consacra cet événement et il sera fascinant de voir la manière dont les juges nationaux et la Cour de justice de l'Union s'en empareront et l'articuleront avec leurs textes référents fétiches. En attendant, la Convention européenne, telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, a continué tout au long de l'année 2009 à servir de texte principal aux fins de l'interprétation des droits fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union, même si cela n'empêcha pas l'évocation de la Charte par de multiples « acteurs » (requérants, avocats généraux, etc.), à l'instar des années précédentes (2).

1. *La Charte, contraignante at last !*

Proclamée, intégrée, mentionnée. Tel est, neuf ans après l'adoption solennelle de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (4), le tempo de son destin statutaire. *Proclamée* solennellement à Nice le 7 décembre 2000 par les trois institutions maîtresses du *decision making process* communautaire, elle n'emporta pas l'onction de la positivité et passa à côté de ce qui apparaît encore — pour beaucoup — comme le *must* juridique : la force contraignante. *Intégrée* aisément au cœur du traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé le 29 octobre 2004 à Rome par les vingt-sept chefs d'État et de gouvernement, elle ne pût toutefois être hissée au rang de droit primaire, le jeu des *referenda* négatifs français et néerlandais anéantissant le processus de ratification. *Mentionnée* — bien trop discrètement — à l'article 6 § 1 TUE tel que ■ à Lisbonne le 13 décembre 2007 (5), son statut de

(4) Ci-après la « Charte ».

(5) Il se lit ainsi : « *L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux* du 7 décembre 2000, *telle qu'adaptée* le 12 décembre 2007 à Strasbourg, *laquelle a la même valeur juridique que les traités.* Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités. Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

texte contraignant fut pendant un temps conditionné par un processus chaotique de ratification marqué par l'aléa politique. Aujourd'hui, toutefois, la ratification réussie (mais laborieuse) du Traité de Lisbonne — qui se compose du Traité sur l'Union européenne (TUE) et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) — hisse au rang de droit primaire une simple déclaration interinstitutionnelle. Intéressant. N'y aurait-il pas là, contre toute attente, un renforcement paradoxal du processus de constitutionnalisation des traités ? D'une manière plus générale, la place des droits fondamentaux dans le nouveau traité est tout à la fois importante et paradoxale. *Importante*, car de nombreuses dispositions, en sus de la Charte proprement dite, font référence à l'importance accordée à la protection des droits. L'article 2 TUE constitue ainsi un « mini-catalogue synthétique et complet » (6) des valeurs et des principes dans lequel la Charte se situe et dont la teneur (7) est beaucoup plus large que le (sans doute) plus connu article 6 TUE. Cette dernière disposition n'en est pas moins importante puisqu'elle organise l'articulation de la Charte avec d'autres sources de protection des droits. La Convention européenne tout d'abord (dont le § 2 prévoit que l'Union y adhère) (8) et les importants principes généraux du droit communautaire (PGD), dont le § 3 hisse (sans nulle contestation possible) au rang de droit primaire. Ce duo des sources (Charte et PGD) n'est pas redondant quand on prend connaissance des *paradoxes* qui entourent le traité de Lisbonne. Ce qui entache assurément le tableau, sous l'angle politique et symbolique avant tout, concerne la présence de protocoles et de déclarations qui manifestent une défiance certaine de quelques États membres. Le désormais célèbre protocole n° 30 (9) qui acte le scepticisme (et le mot est faible) du Royaume-Uni et de la Pologne à l'endroit de la Charte est bien connu. Présenté maladroitement comme un « *opting out* », il est surtout un texte aberrant juridiquement puisqu'en réalité il ne fait que rappeler des évidences juridiques

---

Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions. » (C'est nous qui soulignons).

(6) L.-S. Rossi, « Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne », *in Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 610.

(7) Il se lit ainsi : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que le respect des droits de l'homme, y compris des droits de personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.* »

(8) L'article 218§ 8 TFUE prévoit que l'adhésion se fait par une décision du Conseil à l'unanimité. On ose imaginer les difficultés politiques pour atteindre l'accord des vingt-sept États membres.

(9) Son titre entier est Protocole (n° 30) sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

connues de tous car déjà présentes dans la Charte (10). Il a surtout été concocté pour rassurer des opinions publiques méfiantes voire hostiles aux manifestations d'une Europe par trop envahissante. Le paradoxe est lui-même paradoxal quand on sait que la Pologne a souscrit une déclaration (nº 62) (11) qui martèle que « *compte tenu de la tradition liée au mouvement social 'Solidarité' et de sa contribution importante à la lutte en faveur des droits sociaux et du travail, elle [la Pologne] respecte intégralement les droits sociaux et du travail établis dans le droit de l'Union, et en particulier ceux qui sont réaffirmés au Titre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ». Quelle mouche piqua alors le gouvernement polonais d'avoir rallié le protocole nº 30 — taillé sur mesure pour les Britanniques — qui, dès qu'ils le peuvent, mettent leur distance avec la dimension sociale de l'intégration ? Les gouvernements, dans les ultimes chassés-croisés des négociations marathons du traité, ne sont pas à une contradiction près ! C'est en découvrant la teneur de la déclaration nº 61 (12) que l'on mesure la distance qui sépare le Royaume-Uni et la Pologne sur la méfiance suscitée par la Charte. Les questions morales hantent les Polonais (encore extrêmement attachés aux principes véhiculés par la religion catholique) qui décidèrent de proclamer solennellement que « *La Charte ne porte atteinte en aucune manière au droit des États membres de légiférer dans le domaine de la moralité publique, du droit de la famille ainsi que de la protection de la dignité humaine et du respect de l'intégrité humaine physique et morale* ». Que dire, dans ce contexte, de la déclaration nº 53 (13) de la République Tchèque dont chacun des quatre paragraphes est d'une redondance inouïe par rapport à des éléments qui se trouvent maintes fois proclamés dans les deux traités (TUE et TFUE) comme tels (14). Dans un tel contexte, on a hâte que les juges (nationaux et européens) viennent remettre de l'ordre par le *droit* et *rien que le droit*, en reléguant ces manifestations politiques aux magasins des artifices inopérants.

Il est intéressant à ce stade de découvrir si les stratégies judiciaires du Royaume-Uni sont conformes à ses stratégies diplomatiques. Pour ce faire,

---

(10) J.-P. Jacqué, « Le traité de Lisbonne, une vue cavalière », RTD eur., 2008, pp. 439-483, spéc. p. 448.

(11) Son titre entier est le suivant : Déclaration (nº 62) de la République de Pologne relative au protocole sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni.

(12) Son titre entier se lit ainsi : Déclaration (nº 61) de la République de Pologne sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(13) Son titre entier se lit ainsi : Déclaration (nº 53) de la République tchèque sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(14) Les quatre paragraphes de la Déclaration mentionnent respectivement le respect du principe d'attribution des compétences, le champ d'application du droit de l'Union, les traditions constitutionnelles communes et la question des limites aux droits fondamentaux.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

voyons si et comment, dans les affaires préjudicielles où des questions sociales sont en jeu, il présente et développe des observations à l'endroit de la Charte des droits fondamentaux qui ont pour objet d'en saper les bases. On sait qu'il s'agit d'un moment important pour les agents des États qui développent des stratégies très particulières : défendre des intérêts nationaux, participer au développement du droit de l'Union, voire contrôler le domaine d'intervention de la Cour (15). On se demandait, dans le cadre de la précédente livraison (16), quelle serait la réponse de la Cour à une question préjudicielle en interprétation posée par le Tribunal supérieur de justice de Madrid (17) dans une affaire de politique sociale, plus spécifiquement de licenciement collectif (18). La troisième question de la juridiction espagnole était intéressante car elle consistait à se demander si la législation espagnole n'était pas contraire à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union, plus spécialement son article 30. Il se lit ainsi : « *tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales.* » Même si la réponse de la Cour laisse l'observateur sur sa faim — le litige n'entrant pas dans le champ d'application de la directive 89/59 au cœur du litige (19) — l'affaire *Rodríguez Mayor* (20) n'en est pas moins intéressante quand on découvre les observations présentées par plusieurs gouvernements. Aux côtés du gouvernement espagnol, les gouvernements hongrois et britanni-

(15) M.-P. Granger, « Les stratégies contentieuses des États devant la Cour », in *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, P. Mbongo, A. Vauchez (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 85 et s.

(16) Cette revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée — 2008 », nº 4, p. 1250.

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

(18) Le point 3 des conclusions de l'avocat général Mengozzi prononcées le 16 juillet 2009 (C-223/08) résume parfaitement la problématique : « En substance, il est demandé à la Cour d'expliquer, d'une part, si la cessation du contrat de travail qui fait suite au décès de l'employeur relève de la notion de licenciement collectif au sens de la directive 98/59 et, d'autre part, si les dispositions de la directive 98/59, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs s'opposent à la législation d'un État membre qui exclut l'application du régime prévu pour les licenciements collectifs — en particulier en ce qui concerne la fixation des indemnités octroyées au travailleur licencié — dans les cas où il est mis fin au contrat de travail à la suite du décès de l'employeur personne physique, alors que les hypothèses de cessation du contrat à la suite de la disparition de l'employeur personne morale relèvent de ce régime. »

(19) La Commission et l'avocat général Mengozzi avaient d'ailleurs soutenu cette approche, la Commission dans ses observations et l'avocat général dans ses conclusions du 16 juillet 2009 (points 90-92).

(20) CJCE, 10 décembre 2009, Ovidio Rodríguez Mayor e.a., C-323/08, point 59.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

ques n'hésitèrent pas à s'engager dans la bataille contentieuse. Le gouvernement espagnol défendit son système juridique en considérant que la réglementation nationale relative au licenciement collectif n'était pas contraire à ces deux Chartes dans la mesure où les principes qui y sont énoncés sont « *protégés dans l'ordre juridique espagnol, y compris au niveau constitutionnel* » (point 41 des conclusions). Le gouvernement hongrois pour sa part considérait que la question de la réglementation des indemnités de licenciement en cas de cessation du contrat de travail relevait de la réglementation nationale ; surtout, toute différence de traitement entre les travailleurs selon qu'ils sont employés par une personne physique ou morale, à partir du moment où elle est correctement justifiée, n'enfreint pas les deux Chartes (point 43 des conclusions). On ne sera pas étonné que le gouvernement britannique ait mis en avant, quant à lui, le caractère non contraignant de la Charte des droits fondamentaux qui, ce faisant, ne peut pas être « enfreinte » (sic !). Il rappela également, qu'indépendamment de la valeur juridique de la Charte, cette dernière ne pouvait constituer la source du droit communautaire des licenciements collectifs puisqu'elle *confirme* des droits fondamentaux inclus tant dans la législation nationale qu'au sein de l'acquis communautaire (point 44). La première branche de l'argumentation britannique est classique et était d'ailleurs également défendue par la Commission européenne. Toutefois, la deuxième branche démontre en creux un élément mis en avant par tous les avocats généraux depuis leur maniement de la Charte, à savoir son caractère « confirmatif » des droits existants ! Quand le Royaume-Uni rend hommage (même paradoxalement) au droit communautaire, cela mérite d'être signalé. Un élément parmi d'autres qui démontre à quel point le protocole n° 30 n'a été qu'une manœuvre politicienne pour rassurer des électeurs eurosceptiques...

2. *La Convention, toujours présente*

Si on en croit le moteur de recherche de la Cour de justice, l'expression « Charte des droits fondamentaux » apparaît d'une manière ou d'une autre en 2009, dans 83 affaires. Les thèmes abordés sont très variés allant des questions afférentes à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à la politique sociale, à l'environnement, à la concurrence en passant par le droit institutionnel ou encore le droit de la fonction publique communautaire. L'occurrence « Convention européenne » fait apparaître, quant à elle, 99 références. L'analyse de telles statistiques mériterait une lecture très pointue de toutes ces affaires pour être en mesure de livrer une analyse fine et nuancée de la manière dont les requérants, les avocats généraux et *in fine* le juge de l'Union dans ses multiples démembrements (TPFUE, TPI et CJUE) utilise la Charte et la Convention européenne dans leur stratégie argumentaire. Le travail dépasserait immanquablement les limites d'une telle chronique ; c'est donc à un *pick and choose* discrétionnaire auquel nous nous sommes livrés afin de présenter quelques cas emblématiques. En tout état de cause, ils ne font

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

que confirmer l'existant. La Charte est toujours plus présente dans les argumentaires des requérants, des avocats généraux et parfois du juge de l'Union. Elle est toutefois rarement utilisée à titre exclusif ; son invocation se trouve régulièrement combinée avec la « classique » Convention européenne, ce qui ne veut pas dire que cette dernière l'emporte systématiquement sur le niveau de protection offert (v. *supra* l'affaire *Elgafaji*). Il arrive toutefois encore que certaines affaires ne mettent en scène que la seule Convention. Commençons par ce dernier élément. On recense des affaires où le droit à un procès équitable — alors même que le requérant invoquait de façon combinée une violation des articles 6 § 1 CEDH et 47 de la Charte — ne fasse surgir que la Convention telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg. Ainsi de l'affaire *Koldo Gorostiaga Atxalandabas* — mettant en scène un litige opposant un ancien député européen au Parlement européen — la Cour de Luxembourg s'en remet entièrement à la jurisprudence de Strasbourg pour évaluer l'exigence d'impartialité (21). Ce qui est plus surprenant, après cinquante ans de construction communautaire, c'est de constater que certains tribunaux nationaux demandent encore à la Cour de justice qu'elle les éclaire sur la conformité de certaines législations nationales à la Convention européenne ou à d'autres instruments de droit international comme le Pacte international sur les droits civils et politiques, sans, à aucun moment, rattacher ces questionnements au droit de l'Union (22). Quand on sait qu'une telle ineptie contentieuse provient d'un juge français (23), cela en dit long sur le niveau de connaissance de certains magistrats...

S'il y a un arrêt qui marquera l'année 2009, c'est bien celui rendu dans l'affaire *Elfagaji* qui démontre que le système communautaire peut prendre ses distances avec le système conventionnel au bénéfice au bout du compte des justiciables, afin de leur assurer un niveau élevé de protection des droits (24). Dans le cadre d'une affaire de réfugiés où le régime juridique de

---

(21) CJCE, 19 février 2009, Koldo Gorostiaga Atxalandabas, C-308/07 P, point 46 : « *En outre, il importe d'observer que l'exigence d'impartialité recouvre en réalité deux aspects. En premier lieu, le tribunal doit être subjectivement impartial, c'est-à-dire qu'aucun de ses membres ne doit manifester de parti pris ou de préjugé personnel, l'impartialité personnelle se présumant jusqu'à preuve du contraire. En second lieu, le tribunal doit être objectivement impartial, c'est-à-dire qu'il doit offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime* (arrêt Chronopost et La Poste/UFEX e.a., précité, point 54, et, en ce sens, Cour eur. D. H., arrêts Fey c/ Autriche du 24 février 1993, série A nº 255-A, p. 12, § 28 ; Findlay c/ Royaume-Uni du 25 février 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-I, p. 281, § 73, ainsi que Forum Maritime SA c/ Roumanie du 4 octobre 2007, non encore publié au Recueil des arrêts et décisions, § 116) ».

(22) CJCE, Ord., 27 novembre 2009, Sophie Noël, C-333/09.

(23) Il s'agissait en l'espèce du Conseil des Prud'hommes de Caen, décision de renvoi du 11 juin 2009.

(24) CJCE, Gde Ch., 17 février 2009, Époux Elgafaji c/ Staatssecretaris van Justitie — C-465/07 ; conclusions du 9 septembre 2008 de M. Poiares Maduro.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

la « protection subsidiaire » était en jeu (25), l'avocat général Miguel Poiares Maduro aborda frontalement la question de la « définition communautaire » de la protection subsidiaire (*i.e.* spécifique) (points 18 à 24, spéc. 23 et 24 des conclusions), notamment parce que la juridiction de renvoi mettait dos-à-dos les deux systèmes de référence dans sa saisine préjudicielle (26). Pour ce faire, après avoir rappelé les rapports entre les deux systèmes de protection ainsi que la fonction de la Charte des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire (point 21), l'avocat général met en évidence une idée clé qui concerne ni plus ni moins les caractéristiques systémiques d'un

---

(25) Arrivés aux Pays-Bas après avoir fui leur pays — l'Irak — les époux Elgafaji voient leur demande d'octroi de permis de séjour temporaire refusé. L'administration néerlandaise leur oppose le fait qu'ils n'avaient pas suffisamment démontré, au titre de la protection subsidiaire, le risque réel d'« atteintes graves et individuelles » qu'ils encouraient dans leur pays. Les méandres du contentieux à l'échelle interne révèlent les difficultés d'interprétation de l'article 15 de la directive 2004/83 CE du 29 avril 2004 qui traite des conditions à remplir pour être considéré comme une personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, dont on sait qu'elle s'applique quand les conditions pour bénéficier de la protection accordée au titre du statut de réfugié ne sont pas réunies (article 2 *e)* de la directive). Selon l'article 15, les « atteintes graves » qui permettent d'en bénéficier sont *a)* « la peine de mort ou l'exécution » ou *b)* « la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine » ou *c)* « des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international ». Dans le cas d'espèce, une difficulté supplémentaire était venue s'ajouter et résidait dans le fait que les Pays-Bas n'avaient pas d'équivalent dans leur système juridique de l'article 15 *c)* du fait du défaut de transposition de la directive... Dans l'embarras interprétatif des normes nationales incomplètes et confuses, le *Nederlandsse Raad van State* saisit la Cour de justice afin qu'elle l'éclaire sur le sens à donner à l'article 15 *c)* de la directive lu de façon combinée avec l'article 2 *e)* Il s'agit de savoir si cette disposition doit être interprétée en ce sens que l'existence de « menaces graves et individuelles » contre la personne du demandeur de la protection subsidiaire est subordonnée à la preuve qu'il est *spécifiquement* visé en raison d'éléments propres à sa situation. Cette interrogation préjudicielle est importante ; elle donne en effet l'occasion au juge communautaire de se pencher sur les contours de la protection subsidiaire.

(26) On trouvera ci-dessous le libellé précis des questions préjudicielles : « « 1) Faut-il interpréter l'article 15, [...] sous c), de la directive [...] en ce sens que cette disposition offre uniquement une protection dans une situation relevant de l'article 3 de la [CEDH] tel qu'interprété dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou en ce sens que cette première disposition offre une protection complémentaire ou autre par rapport à l'article 3 de la [CEDH] ? 2) Si l'article 15, [...] sous c), de la directive offre une protection complémentaire ou autre par rapport à l'article 3 de la [CEDH], quels sont dans ce cas les critères servant à apprécier si une personne, qui affirme pouvoir prétendre au statut de protection subsidiaire, court un risque réel de menaces graves et individuelles en raison d'une violence aveugle, telles que visées à l'article 15, [...] sous c), lu conjointement avec l'article 2, [...] sous e), de la directive ? ».

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

« pluralisme ordonné » (M. Delmas-Marty) des droits à l'échelle européenne : « *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire existe en parallèle d'autres systèmes européens de protection des droits fondamentaux. Ces derniers comprennent aussi bien les systèmes développés au sein des ordres juridiques nationaux que ceux issus de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est certain que chacun de ces mécanismes de protection poursuit des objectifs qui lui sont spécifiques et que ces mécanismes sont construits à partir d'instruments juridiques qui leur sont propres, mais parfois ils s'appliquent néanmoins aux mêmes circonstances de fait. Dans un tel contexte, il importe, pour chaque système de protection existant, de veiller, tout en préservant son autonomie, à comprendre comment les autres systèmes interprètent et développent ces mêmes droits fondamentaux afin, non seulement, de minimiser les risques de conflits, mais aussi, de s'engager dans un processus de construction informelle d'un espace européen de protection des droits fondamentaux.* L'espace européen ainsi créé sera, en grande partie, le produit des diverses contributions individuelles issues des différents systèmes de protection existants au niveau européen » (point 22) (27). C'est dans ce contexte que le défenseur objectif du droit met en évidence un élément majeur d'une mécanique spécifique à la garantie des droits de l'homme : la possibilité pour chaque système d'assurer une protection plus large que celle offerte par le système international référent. Le système communautaire n'échappe pas à la règle conformément à l'article 52§ 3 de la Charte. Cette disposition fut d'ailleurs mentionnée *expressis verbis* par l'avocat général qui s'en saisit pour conforter son argumentation. « *Il est parfaitement naturel que la Charte des droits fondamentaux tout en reconnaissant qu'elle contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention', ajoute que cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue'* » (28). La Cour de justice s'aligna sur l'interprétation fournie par l'avocat général même si ce fut beaucoup plus discrètement en affirmant que l'interprétation de l'article 15 *c)* de la directive devait être « *effectuée de manière autonome* » (point 28). Quand la Convention européenne — telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg — n'est pas *ne varietur* le texte de référence au sein de l'Union.

(27) C'est nous qui soulignons.

(28) Point 23 des conclusions, c'est nous qui soulignons.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

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

Les affaires qui mettent aux prises les obligations communautaires des États au regard de leurs engagements conventionnels continuent d'accéder au prétoire de Strasbourg. Le droit communautaire est tout à la fois, directement ou indirectement, sous l'empire du contrôle de la Cour de Strasbourg (1) ou sert de façon manifeste et assumée de référent interprétatif pour mieux faire évoluer les droits protégés dans l'ordre conventionnel (2).

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

Si de nombreuses affaires mettent la Cour européenne en situation de contrôler et donc de « juger » le droit communautaire, le contentieux 2009 démontre de façon flagrante qu'elle ne s'empare pas aisément de cette arme dangereuse pour la stabilité des relations avec l'Union européenne. Les affaires, pour des raisons variées tenant aux faits spécifiques des espèces et/ou à une politique jurisprudentielle teintée de prudence, mettent en lumière l'évitement de la sanction du droit communautaire ou à l'inverse l'aval de celui-ci.

La stratégie contentieuse de certains requérants consistant à mettre dos-à-dos le droit communautaire et le droit conventionnel n'est pas une tactique imparable. Quand un requérant invoque — en plus d'une violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du protocole n° 1 — celle du droit communautaire s'agissant du traitement discriminatoire dont il aurait fait l'objet en matière de régime de retraite complémentaire (29), la Cour lui rétorque en rappelant sa jurisprudence sur les possibles différences de traitement entre les individus (§§ 39-45) et en rejetant qui plus est son argumentation sous l'angle communautaire. Et d'affirmer au § 46 de son arrêt que : « *la différence de traitement en cause ne saurait donc être regardée comme discriminatoire, quelles que soient par ailleurs les conséquences alléguées de dispositions de droit communautaire qui n'étaient en vigueur ni lors de l'entrée en vigueur*

(29) Cour EDH, 29 octobre 2009, *Si Amer c/ France* : « § 33. *Selon le requérant, aucun critère objectif et raisonnable ne vient justifier la différence de traitement dont il expose faire l'objet. Il y voit un déséquilibre entre l'objectif d'intérêt général de sauvegarde de l'équilibre financier des régimes de retraite complémentaire et le respect de ses propres droits fondamentaux. § 34. Il précise que la condition de résidence exigée pour bénéficier de sa retraite complémentaire dissimule en fait une discrimination fondée sur la nationalité. Il estime ainsi que les ressortissants français résidant en Algérie auraient, pour leur part, le choix de faire liquider leur pension de retraite en France, du fait des règles posées, selon lui, par le droit communautaire, notamment la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative au bénéfice par des travailleurs migrants de pensions de retraite ou d'allocations sociales. Le travailleur algérien travaillant en Algérie serait en revanche toujours pénalisé.* »

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

de l'accord franco-algérien précité, ni même lors de la demande de liquidation, antérieure à l'entrée des régimes de retraite complémentaire dans le champ communautaire le 1er juillet 2000 ». De façon beaucoup plus emblématique, quand une association se plaint du non-respect, dans le cadre d'une procédure préjudicielle communautaire, de l'article 6§ 1 dans la mesure où la possibilité de répondre aux conclusions de l'Avocat général près la Cour de justice lui a été refusée, la Cour de Strasbourg déclare sa requête manifestement mal fondée (30). Assiste-t-on à un « dédoublement du standard de protection selon que la mise en cause de l'État défendeur intervient ou non dans le champ d'application du droit communautaire » (31) ? Cela y ressemble fortement dès que les voies de droit communautaire sont en jeu (32). La doctrine de l'« équivalence des protections » continuera-t-elle à s'épanouir de la sorte quand les déficiences juridictionnelles des piliers intergouvernementaux (toujours présents matériellement au sein du traité de Lisbonne) seront au cœur des litiges ? Il ne faudrait pas que la volonté de ne pas mettre à mal les relations avec l'Union européenne conduise à un abaissement excessif des standards de protection. L'osmose interprétative oui ; le suivisme aveugle non.

La jurisprudence démontre également que les justifications tirées du droit communautaire avancées par les États pour mieux légitimer des limitations importantes aux droits fondamentaux ne valent pas systématiquement. Le domaine de la lutte contre le blanchiment des capitaux le démontre. Cette importante problématique fut au cœur de deux affaires françaises jugées à l'identique par la Cour de Strasbourg, qui, en plus de valider le droit communautaire, s'est fait le juge (sévère) de l'application par la France de celui-ci. Dans l'affaire *Grifhorst* (33) — qui reçut une confirmation éclatante dans l'affaire *Moon* (34) — la Cour condamna à l'unanimité le gouvernement français pour avoir imposé une sanction disproportionnée (35) à des personnes qui n'avaient pas déclaré, à leur entrée sur le territoire français des sommes importantes d'argent liquide (36) qui, après fouille de leur véhicule, furent

(30) Cour EDH, DR, 20 janvier 2009, Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij UA c/ Pays-Bas.

(31) Selon la formule de Jean-François Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA 2009, p. 872 et s.

(32) On rappellera ici que dès 1998 — CEDH, 26 février 1998, Pafitis et autres c/ Grèce, Recueil 1998-I, p. 459 — la Cour européenne des droits de l'homme décidait de ne pas prendre en considération — dans le calcul de la durée globale d'un litige — la durée de la procédure préjudicielle communautaire. Cette approche était confirmée dans l'important arrêt Koua Poirrez (CEDH, 30 septembre 2003, Koua Poirrez c/ France).

(33) Cour EDH, 26 février 2009, Grifhorst c/ France.

(34) Cour EDH, 9 juillet 2009, Moon c/ France.

(35) Elle consistait en une confiscation intégrale de la somme saisie et du paiement d'une amende d'un montant équivalent à la moitié de la somme saisie.

(36) À l'époque des faits, le plafond à ne pas dépasser était l'équivalent de 7 600 euros.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

trouvées et confisquées. La Cour de Strasbourg intégra tout d'abord la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés dans son examen de l'existence d'une base légale « *claire, accessible et prévisible* » qui permettaient aux requérants de connaître leurs droits et obligations (37). Elle en fit ensuite un paramètre d'évaluation de la sanction des faits reprochés en 1996 aux requérants. Elle mit en exergue, pour la valoriser, l'approche retenue en 2001 par la Commission européenne qui avait mis l'accent sur l'idée que « *la sanction devait correspondre à la gravité du manquement constaté, à savoir le manquement à l'obligation de déclaration et non pas à la gravité du manquement éventuel non constaté, à ce stade, d'un délit tel que le blanchiment d'argent ou la fraude fiscale* » (§ 102). Partant, elle estima qu'en 1996 l'approche choisie par les autorités douanières n'était pas conforme à l'exigence de proportionnalité telle qu'elle résultait, tant du droit communautaire que de la grande majorité des règles applicables au sein des États européens, alors que la France considérait à l'inverse qu'elle se conformait à cet impératif. Du coup, elle ne pouvait que déclarer la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 (§ 105). Il est intéressant de relever au passage que la Cour européenne en profita pour valider la nouvelle rédaction de l'article 465 du Code des douanes issu d'une réforme de 2004 en affirmant que « *de l'avis de la Cour un tel système permet de préserver le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la protection des droits fondamentaux de l'individu* » (§ 103) (38).

2. *La Cour de Strasbourg, interprète du droit communautaire*

On sait depuis longtemps que la Cour de Strasbourg n'a aucune prévention à l'égard des sources du droit de l'Union qui, régulièrement, l'aident à interpré-

(37) Cour EDH, 26 février 2009, Grifhorst c/ France, « *§ 90. La Cour estime devoir également tenir compte de ce que la Cour de justice des Communautés européennes a retenu dans plusieurs arrêts (paragraphes 28-30 ci-dessus) que, contrairement à un système d'autorisation préalable, un système de déclaration préalable tel qu'en l'espèce était compatible avec le droit communautaire et avec la libre circulation des capitaux. § 91. Dès lors, la Cour conclut que la loi était suffisamment claire, accessible et prévisible* (voir *a contrario* Frizen c/ Russie, n° 58254/00, § 36, 24 mars 2005 et, Baklanov c/ Russie, n° 68443/01, § 46, 9 juin 2005) et que l'ingérence en cause était prévue par la loi, au sens de sa jurisprudence. »

(38) L'intégralité du § 103 se lit ainsi : « *La Cour relève qu'à la suite de cet avis motivé, les autorités françaises ont modifié l'article 465 précité. Dans sa rédaction entrée en vigueur le 1er octobre 2004, cet article ne prévoit plus de confiscation automatique et l'amende a été réduite au quart de la somme sur laquelle porte l'infraction. La somme non déclarée est désormais consignée pendant une durée maximum de six mois, et la confiscation peut être prononcée dans ce délai par les juridictions compétentes lorsqu'il y a des indices ou raisons plausibles de penser que l'intéressé a commis d'autres infractions au code des douanes ou y a participé. De l'avis de la Cour, un tel système permet de préserver le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la protection des droits fondamentaux de l'individu.* »

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

ter les droits protégés par la Convention. Dans cette symphonie des sources européennes, la Charte des droits fondamentaux joue un rôle important, même s'il faut immédiatement préciser qu'elle a été utilisée de façon combinée avec d'autres textes et jurisprudences internationales pour mettre en œuvre — ce qui est tout à fait remarquable — des « changements de cap » d'envergure. Ainsi, s'agissant de l'applicabilité des garanties de l'article 6 aux mesures provisoires (*Micaleff*) (39), du sens à accorder au principe *non bis in idem* (*Sergueï Zolotoukhine*) (40) ou encore à l'article 7 § 1er de la Convention sur le sens du principe de non-rétroactivité des lois pénales (*Scoppola*) (41), les revirements de jurisprudence sont explicites. Quant à l'affaire *G.N.* (42), la Cour a procédé à une interprétation extensive de l'article 14 afin d'y inclure l'interdiction des discriminations sur la base des caractéristiques génétiques. Toutes ces révolutions (revirements de jurisprudence) et évolutions (élargissement du contenu d'un droit) ont été justifiées, *notamment,* par une rédaction plus novatrice de certaines dispositions de la Charte des droits fondamentaux qui est évoquée avec plus ou moins de force dans l'argumentaire de la Cour de Strasbourg. Passons-les en revue rapidement (43). Dans l'affaire *Micaleff,* la Cour de Strasbourg a estimé qu'il existait aujourd'hui un large consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe quant à l'applicabilité de l'article 6 aux mesures provisoires puisqu'ils prévoient explicitement ou implicitement des dispositions en ce sens. Pour arriver à un tel bouleversement de sa jurisprudence, la Cour de Strasbourg a surtout mis en avant la jurisprudence de la Cour de justice (CJCE 21 mai 1980, *Denilauler c/ Couchet frères*, C-125/79) et le droit constitutionnel interne des États intégrés dans la motivation de l'arrêt (§ 78) et, à titre subsidiaire (uniquement mentionnée dans la partie « En fait »), l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Revoir le sens de la règle pénale fondamentale qu'est le *non bis in idem* est le cœur de l'affaire *Sergueï Zolotoukhine* jugée sur renvoi par la Grande chambre (44). Reconnaissant que sa jurisprudence était jusque-là « source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental qu'est le droit de ne pas être poursuivi deux fois pour la même infraction (45) », la Grande chambre

(39) Cour EDH, Gde Ch., 15 oct. 2009, Micaleff c/ Malte. La Cour a conclu par onze voix contre six à la violation de l'article 6§ 1 pour non-respect de l'exigence d'impartialité dans une procédure d'injonction provisoire.

(40) Cour EDH, Gde Ch., 10 févr. 2009, Sergueï Zolotoukhine c/ Russie.

(41) Cour EDH, Gde Ch., 17 sept. 2009, Scoppola c/ Italie (nº 2).

(42) Cour EDH, 1er décembre 2009, G.N. et autres c/ Italie.

(43) Pour une analyse d'ensemble, on se permet de renvoyer à l'étude rédigée en hommage à Jean-Paul Jacqué, « Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 145-173.

(44) CEDH, Gde Ch., 10 févr. 2009, Sergueï Zolotoukhine c/ Russie.

(45) Ibid., § 78.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

décide « d'harmoniser l'interprétation de la notion de "même infraction" — l'élément *idem* du principe *non bis in idem* ». C'est dans ce contexte qu'elle affirme que « l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une "seconde infraction" pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes » (§ 82). L'approche cosmopolitique de la Cour y est magistrale, alors qu'elle était absente de l'arrêt de chambre rendu dans la même affaire (46). La partie « En fait » de l'arrêt révèle en effet la large panoplie des instruments de référence qui ont inspiré la Cour, dont l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux (47). L'approche d'ouverture ne s'arrête pas, loin s'en faut, à la présentation de la nomenclature des différentes sources extérieures. Elle est intégrée avec force dans l'argumentation de la Cour, à la différence près que c'est la jurisprudence de deux juridictions passablement différentes — la Cour de Luxembourg d'un côté et la Cour de San José de l'autre — qui est valorisée. La raison en est simple, elles permettent à la Grande chambre d'interpréter les droits de façon « concrète et effective », autrement dit de façon utile pour les individus. Tant la jurisprudence communautaire que la jurisprudence interaméricaine ont accordé en effet le primat aux faits et non à la qualification juridique de ceux-ci dans leur appréhension de la notion de « même infraction ». Dans l'affaire *Scoppola,* la Cour affirme *expressis verbis* qu'il convient de revenir sur la jurisprudence établie en 1978 par la Commission européenne des droits de l'homme (48) en considérant que « *l'article 7 § 1 ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce* » (§ 109) (49). L'article 49 de la Charte joua à cet égard un rôle non négligeable. Il fut mentionné dans la partie « En

(46) CEDH, 1re sect., 7 juin 2007, Sergey Zolotukhin c/ Russia, cet arrêt est uniquement disponible en anglais.

(47) CEDH, Gde Ch., 10 février 2009, Sergueï Zolotoukhine c/ Russie, § 31 à 44 de la partie « En fait » de l'arrêt. Le droit international et comparé mobilisé pour justifier avec force d'arguments le revirement est imposant : cela va de l'article 14, § 7 du Pacte international sur les droits civils et politiques à l'article 20 du Statut de la Cour pénale internationale pour le droit international ; l'article 50 de la Charte, l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen et la jurisprudence de la Cour de justice pour le droit de l'Union européenne ; l'article 8 § 4 de la Convention américaine tel qu'interprété par la Cour interaméricaine pour le droit régional des droits de l'homme et, *last but not least*, la jurisprudence de la Cour suprême américaine pour le droit national.

(48) Comm. EDH, 6 mars 1978, X. c/ Allemagne, Décisions et rapports (DR) 13, p. 70-72.

(49) Le « changement de cap » fut vertement critiqué par les juges Nicolaou, Bratza, Lorenzen, Jociene, Villiger et Sajó qui estimèrent que la Cour avait dépassé « les bornes » de l'interprétation évolutive en « réécrivant » l'article 7 « afin de le rendre conforme à ce que [la Cour] estime qu'il aurait dû dire ».

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

fait » de l'arrêt (§ 37) (50), mais également et surtout au cœur de l'argumentation de la Cour. Elle utilisa pour la deuxième fois — après l'affaire *Goodwin*, § 100 *in fine* — la formule selon laquelle « *l'article 49 § 1 de ce texte s'écarte — et cela ne peut être que délibéré — de celui de l'article 7 de la Convention* ». Et d'enchaîner avec la mise en avant de la solution dégagée dans l'importante affaire *Berlusconi* (51) et reprise par la Cour de Cassation française selon laquelle « *le principe de l'application rétroactive de la loi pénale plus légère fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres* » (pt 68, affaire *Berlusconi*). La Cour de Strasbourg rattrapait ainsi son « retard » : elle effaçait le décalage normatif avec le droit communautaire et la différenciation dans la protection des droits qui en découlait.

L'affaire *G.N.* porte au grand jour un drame de la transfusion sanguine, quatre personnes ayant été infectées par le VIH et l'hépatite B et C lors de transfusions dans le cadre du traitement de leur maladie génétique (la thalassémie). Les requérants invoquaient la violation de l'article 2 sous ses deux facettes (matérielles et procédurales), des articles 3 et 8, de l'article 6§ 1 et surtout (pour ce qui nous concerne ici) de l'article 14 combiné avec les articles 2, 3 et 8 de la Convention (52). La Cour déclara à l'unanimité la violation de l'article 14 combiné avec l'article 2, l'État italien ayant traité de façon différente, sans justification objective et raisonnable des personnes placées dans des situations analogues (des malades obligés de bénéficier de transfusions) (53). Or, pour arriver à ce résultat, il fallait qu'elle arrive à inclure les caractéristiques génétiques parmi les motifs prohibés de discrimination. On

---

(50) Cette disposition intitulée « Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines », traduit bien en effet l'évolution du droit et la donne européenne puisque le libellé du § 1er *in fine* mentionne que « Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée. »

(51) CJCE 3 mai 2005, Berlusconi et autres, aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02.

(52) Cour EDH, 1er décembre 2009, G.N. c/ Italie, § 109 : « Invoquant l'article 14 de la Convention, combiné avec les articles 2, 3 et 8 de la Convention, les requérants se plaignent d'avoir fait l'objet d'un traitement discriminatoire par rapport à trois groupes de personnes, à savoir : premièrement, ceux qui ont contracté le virus de l'hépatite B, le VIH ou le virus de l'hépatite C respectivement après 1978, 1985 et 1988 ; deuxièmement, les personnes qui, infectées par ces virus antérieurement à ces dates, ont néanmoins eu gain de cause dans le cadre des procédures « Emo bis » et « Emo ter » ; troisièmement, les personnes atteintes d'hémophilie qui ont pu bénéficier des règlements à l'amiable proposés par le Gouvernement ».

(53) Cour EDH, 1er décembre 2009, G.N. c/ Italie, § 134 : « *À la lumière de ce qui précède, la Cour estime que les requérants, thalassémiques ou héritiers de personnes thalassémiques, ont subi un traitement discriminatoire par rapport aux personnes hémophiles qui ont pu bénéficier des règlements à l'amiable proposés par le ministère de la Santé, et elle déclare qu'il y eu, sous cet angle, violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 de la Convention.* »

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

sait que l'article 14 ne les mentionne pas (54), même si on rappellera qu'il s'agit d'une clause « ouverte » et que la Cour y a inclus récemment d'autres motifs comme les discriminations fondées sur le handicap dans l'important arrêt *Glor* (55). Elle continua sur sa lancée en se saisissant du libellé de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux qui interdit, entre autres, la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques ou sur un handicap (§ 126) en affirmant dans la foulée qu'*« une différence de traitement fondée sur une maladie génétique peut relever de l'article 14 de la Convention* » (§ 127).

II. — Les interactions organiques verticales

Les Cours constitutionnelles sont des acteurs majeurs du dialogue des juges à l'échelle européenne : elles ne sont pas toujours des organes judiciaires « dociles » eu égard à l'emprise du droit conventionnel comme du droit de l'Union. Accords et désaccords sont toujours au cœur du dialogue. L'équilibre est évidemment fragile, toutefois il est la marque contemporaine de la complexité juridique.

A. — *La Cour de Strasbourg, juge des Cours constitutionnelles*

Le « contentieux constitutionnel » de la Cour pour l'année 2009 est assez fourni, mettant en avant, essentiellement, la question du contrôle des *décisions* des Cours constitutionnelles, plutôt que de leurs *procédures* en tant que telle où rien de particulièrement nouveau apparaît. C'est donc sur le premier aspect de la problématique que l'on se penchera cette année. Les sujets les plus divers furent abordés pour, comme à l'accoutumée, tantôt valoriser et donc cautionner les jurisprudences constitutionnelles nationales, tantôt pour les invalider. Dans la première catégorie, on relèvera l'arrêt de grande chambre rendu contre l'Italie dans l'importante affaire *Guiso-Gallisay* (56) où la Cour européenne confirme, après un arrêt rendu par une chambre de sept juges, un important revirement de jurisprudence concernant la réparation du préjudice subi en matière d'expropriation illicite en s'appuyant notamment sur la jurisprudence constitutionnelle italienne, au grand dam d'ailleurs du juge

(54) Il se lit ainsi : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* »

(55) Cour EDH, 30 avril 2009, Glor c/ Suisse, § 80.

(56) Cour EDH, Gde Ch., 22 décembre 2009, Guiso Gallisay c/ Italie.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

dissident Spielmann (57). De même, dans l'affaire *Kart* (58), la Cour confirme une jurisprudence traditionnelle de l'immunité parlementaire en rappelant que la Cour constitutionnelle turque y souscrivait également (§ 33 et § 89). Et de considérer — après la présentation d'un vaste panorama de droit comparé — que l'impossibilité pour un parlementaire, poursuivi pénalement, de renoncer à son immunité n'emporte pas violation du droit à un tribunal consacré à l'article 6§ 1 de la Convention.

Les décisions « négatives », mettant à mal les jurisprudences constitutionnelles y compris quand elles s'appuient sur la jurisprudence conventionnelle (paradoxe connu mais toujours déroutant), sont également présentes parmi le foisonnement contentieux. On relèvera ainsi l'arrêt *M* (59) où la Cour, procédant à une autonomisation poussée de la notion de « peine », y inclut les « détentions de sûreté » en désavouant littéralement l'analyse de la Cour constitutionnelle allemande qui, à l'inverse, les avait toujours distinguées (§ 33). Et la Cour de Strasbourg d'asséner au § 133 de son arrêt qu'« *après être allée au-delà des apparences et avoir précédé à sa propre analyse, [elle]conclut que la détention de sûreté prévue par le code pénal allemand doit être qualifiée de « peine » au sens de l'article 7§ 1 de la Convention* » ! Est-ce qu'un tel désaveu engendrera les mêmes remous outre-Rhin que ne l'avait causé en son temps l'arrêt « *Caroline de Monaco* » ?

Parmi ce que l'on appelle communément les « grands arrêts », il y en a qui resteront plus que d'autres dans la postérité judiciaire. L'arrêt rendu le 12 décembre 2009 dans l'affaire *Sejdic et Finci c/ Bosnie Herzégovine* fait partie de ceux-là (60). L'affaire est extrêmement importante et porte au grand jour les multiples et complexes facettes d'un processus de paix censé ouvrir une période de « transition démocratique » afin qu'une contrée, ravagée par la guerre et la haine, puisse se reconstruire sur des bases démocratiques solides. Elle dépasse de très loin la question du contrôle, par la Cour européenne des droits de l'homme, des décisions des Cours constitutionnelles — même si *in casu* il s'agit également d'un aspect de la décision. En réalité, c'est toute l'architecture constitutionnelle post-conflit de la Bosnie-Herzégovine qui a été au cœur du contrôle de la Cour. On sait que la Constitution de ce pays est une annexe à l'Accord-cadre général pour la paix — paraphé à Dayton

(57) La Chambre puis la Grande chambre ont motivé le revirement de jurisprudence en avançant plusieurs motifs. L'un d'entre eux concerne « *les développements survenus en droit interne* » ; ils font référence essentiellement à deux arrêts de la Cour constitutionnelle italienne du 22 octobre 2007 (nº 348 et 349). Or, le juge Spielmann, renvoyant à la dissidence du juge Tulkens (dans le premier arrêt de chambre), considère que ces arrêts de la Cour constitutionnelle italienne étaient, avant tout, le reflet de la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre constitutionnel italien. On en avait d'ailleurs parlé dans le cadre de cette chronique, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », cette Revue, 2008, nº 4, p. 1555 et s.

(58) Cour EDH, Gde Ch., 3 décembre 3009, Kart c/ Turquie.

(59) Cour EDH, 17 décembre 2009, M. c/ Allemagne.

(60) Cour EDH, Gde Ch., 22 décembre 2009, Sejdic et Finci c/ Bosnie-Herzégovine.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

et signé à Paris le 14 décembre 1995 — qui avait établi au bénéfice des « peuples constituants » (61) des avantages d'ordre politique imposants au nom de l'incontournable et existentielle exigence de stabilité pacifique. La Cour devait répondre à la question de savoir si l'impossibilité — constitutionnellement établie — pour deux ressortissants bosniaques de se porter candidats à la Chambre des peuples et à la Présidence collégiale de leur pays en raison de leur appartenance communautaire (rom pour l'un, juif pour l'autre) était contraire au principe de non-discrimination. Au vu de l'état actuel de sa jurisprudence sur la question comme de celle de nombreux autres organes (universels et régionaux) de protection des droits, il aurait été extrêmement surprenant qu'elle réponde par la négative. La Cour déclara tout d'abord la violation de l'article 14 combiné avec l'article 3 du protocole n° 1 s'agissant de l'impossibilité de se présenter aux élections à la chambre des « peuples ». Même si certains estiment que l'argumentation de la Cour est lacunaire (62), même si le juge dissident Bonello estime que la Cour n'a pas pris suffisamment en compte le contexte historique (63), le camouflet est évident pour l'ensemble

(61) C'est le Préambule de la Constitution qui qualifie les Bosniaques, les Croates et les Serbes de « peuples constituants ».

(62) J.-F. Flauss estime en effet que : « Dans l'affaire *Sejdic et Finci*, la Cour européenne aurait pu, eu égard à l'importance qu'elle accorde à la lutte contre la discrimination ethnique, être tentée de conclure *ex abrupto* à l'illégitimité du but poursuivi par la législation électorale de la Bosnie-Herzégovine. Or, apparemment, si elle ne renonce pas à se prononcer sur l'existence d'une justification objective et raisonnable, susceptible de fonder l'inéligibilité opposée aux deux requérants, force est de constater qu'elle se livre à un contrôle de proportionnalité tronqué. D'une part, la Cour se dispense de recourir à la méthode de l'interprétation consensuelle : aucun examen de droit comparé n'est pratiqué ; en réalité, l'inconventionnalité de toute différence de traitement en matière électorale liée à une déclaration d'appartenance ethnique est présumée. D'autre part, la Cour écarte toute mise en balance des intérêts contradictoires en cause. L'intérêt du rétablissement de la paix, pourtant reconnu comme but compatible avec les objectifs généraux de la Convention tels que reflétés dans son préambule, est totalement occulté. », AJDA, « Actualité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Septembre 2009-Février 2010 », 2010, p. 997 et s.

(63) Il affirma notamment que « Je suis tout prêt à clamer combien inestimables sont les valeurs d'égalité et de non-discrimination, mais il me paraît que la paix et la réconciliation nationales sont à placer au moins sur le même pied. Or la Cour a canonisé les premières et bradé les secondes. Avec tout le respect que j'ai pour elle, son arrêt me semble être un exercice de style totalement déconnecté de la réalité et ne tenant pas compte des flots de sang qui ont fertilisé la constitution de Dayton. La Cour a préféré embrasser son propre état de déni aseptisé plutôt que de s'ouvrir à ce monde moins lisse qui existe à l'extérieur. Peut-être cela explique-t-il pourquoi, dans l'exposé des faits, l'arrêt ne rappelle même pas de manière sommaire les tragédies qui ont précédé Dayton et qui n'ont pris fin que grâce à Dayton. La Cour, délibérément ou non, a écarté de sa vision non pas l'écorce mais le cœur de l'histoire des Balkans. Elle s'est sentie obligée de désavouer la Constitution de Dayton, mais elle n'a pas éprouvé la nécessité de la remplacer par quelque chose d'aussi propice à la paix. »

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

des autorités politiques du pays qui n'ont pas respecté les engagements souscrits, tant dans le cadre du Conseil de l'Europe que de l'Union européenne (§ 49), qui les obligeaient à mettre rapidement en place une réforme électorale. Vint ensuite le temps de l'examen de l'article 1 du protocole n° 12 qui, pour la première fois, fut déclaré enfreint. Le lecteur ne pourra être que déçu par l'économie de moyens et l'analogie interprétative à laquelle la Cour procède pour considérer que la « discrimination » de l'article 14 vaut celle de l'article 1 du Protocole n° 12. Partant, l'argumentation déroulée pour l'élection à la Chambre des peuples vaut pour l'élection à la présidence. Ce qu'il est important ici de relever c'est la sanction, subtilement (64) prononcée, de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine. Celle-ci — en se basant notamment sur l'article 1 du Protocole n° 12 et l'article 25 du Pacte international sur les droits civils et politiques — avait avalisé la différence de traitement entre les « peuples constituants » et les autres communautés dans le cadre de l'élection à la présidence au nom de l'objectif légitime qu'elle poursuivait : la préservation de la paix établie et le maintien du dialogue (65). Quelles

(64) La sanction est subtile en ce sens que la Cour ne mentionne pas *expressis verbis* dans ses développements au fond la jurisprudence constitutionnelle critiquable. Celle-ci est mentionnée en amont, dans la partie « En fait » de l'arrêt, ce qui rend moins « évident », i.e. « visible » le désaveu.

(65) Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, 29 septembre 2006, AP 2678/06, mentionnée au paragraphe 14 de l'arrêt de la Cour européenne du 22 décembre 2009 qui se trouve dans la partie « En fait » de l'arrêt : « *Nul ne conteste que le texte de l'article V de la Constitution de Bosnie-Herzégovine et le texte de l'article 8 de la loi électorale de 2001 sont de nature restrictive dès lors qu'ils restreignent les droits civiques, et plus précisément le droit de se porter candidat aux élections à la présidence de Bosnie-Herzégovine, des Bosniaques et des Croates du territoire de la Republika Srpska et des Serbes du territoire de la Fédération de Bosnie-Herzégovine.* Cela étant, le but des dispositions en cause est de renforcer la position des peuples constituants de manière à garantir que la présidence se compose de représentants de chacun de ces trois peuples constituants. Eu égard à la situation qui règne actuellement en Bosnie-Herzégovine, la restriction imposée par la Constitution et par la loi électorale de 2001, en vertu de laquelle les candidatures des requérants ne sont pas traitées de la même façon que celles de Serbes qui sont directement élus à partir du territoire de la Republika Srpska, est légitime aujourd'hui car il existe une justification raisonnable au traitement en cause. *Par conséquent, eu égard à la situation qui prévaut aujourd'hui en Bosnie-Herzégovine et à la nature spécifique de l'ordre constitutionnel de cet État, et compte tenu des dispositifs constitutionnels et législatifs en vigueur, les décisions incriminées de la Cour de Bosnie-Herzégovine et de la Commission électorale centrale n'ont pas violé les droits des plaignants découlant de l'article 1 du Protocole n° 12 à la Convention européenne et de l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dès lors que les décisions mentionnées ne sont pas arbitraires et qu'elles sont fondées sur le droit. Cela signifie qu'elles servent un but légitime, qu'elles reposent sur des motifs raisonnables et qu'elles ne font pas peser une charge excessive sur les plaignants, les restrictions imposées aux droits de ces derniers étant proportionnées aux objectifs d'utilité publique que constituent la préservation de la paix établie, le*

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

vont être les conséquences d'une telle « mise sous tutelle » du pouvoir constituant ? Cet arrêt arrivera-t-il à débloquer une situation maintes fois critiquée par la Commission de Venise sans détériorer les tensions toujours palpables sur le terrain ? Le sens de la fonction de juger est en toile de fond de ce très important arrêt de la Cour. Faisant fi du « contexte historique », et donc *a priori* écartant toute considération politique ayant mené à la rédaction de la Constitution, la Cour entend s'arrimer au seul principe de non-discrimination. Si en apparence, le droit et rien que le droit est le seul à l'origine de la décision ; en réalité, les effets de celle-ci sont éminemment politiques. Il suffit pour s'en convaincre de prendre connaissance de la résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe appelant à « un dialogue digne de ce nom » afin d'exécuter l'arrêt *Sejdic et Finci* (66)...

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

1. *Les Cours constitutionnelles, « juges » des exigences communautaires*

L'actualité contentieuse est d'une richesse exceptionnelle cette année en mettant en exergue les *décisions Lisbonne* des juges allemand et tchèque et qui participent, à leur manière, à la réflexion sur le pluralisme constitutionnel européen. Alors que la doctrine française est d'un mutisme assourdissant sur la discussion des thèses pluralistes dans le champ de l'intégration européenne, les milieux doctrinaux qui *pensent* et *écrivent* en anglais (67) mettent en évidence, à l'inverse, une richesse d'analyse inouïe. Elle devrait être mieux connue et surtout plus discutée en France et, de manière générale, dans les milieux francophones (68), afin que les questions relatives à la primauté du

---

maintien du dialogue et, par conséquent, la création des conditions permettant de modifier les dispositions précitées de la Constitution de Bosnie-Herzégovine et de la loi de 2001 relative aux élections. » (C'est nous qui soulignons).

(66) Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1725 (2010), *Besoin urgent d'une réforme constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine.*

(67) Cette formule a pour but de mettre en évidence que cette doctrine n'est pas uniquement britannique ou américaine. Il y a de nombreux juristes (espagnols ou provenant des pays de l'Est par exemple) qui écrivent en anglais et qui participent activement à ce débat sur le pluralisme constitutionnel : A. Albi, J. Baquero Cruz, M. Poiares Maduro, J. Komárek en sont des exemples parmi d'autres.

(68) On relèvera à cet égard l'article de J-V Louis qui remarque cette lacune au sein de la doctrine francophone et présente de façon ramassée mais très stimulante les différentes « écoles » qui mettent en avant le credo pluraliste, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de J-P. Jacqué,* Paris, Dalloz, 2010, pp. 443-461.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

droit communautaire (a) ou encore celles relatives à l'utilisation du mécanisme de renvoi préjudiciel (b), soient abordées sous d'autres angles conceptuels (69).

a. Les Cours constitutionnelles et la primauté du droit communautaire

— Les Cours constitutionnelles et l'articulation des systèmes

Le traité de Lisbonne n'aura pas fini de marquer le contentieux constitutionnel de la fin de la première décennie du XXIe siècle. Après 2006 — où le Conseil constitutionnel français se distingua par la mise en orbite de la notion d'« identité constitutionnelle » ; après 2008 où les Cours constitutionnelles hongroise et tchèque montèrent au créneau pour *in fine* « sauver » le traité de Lisbonne (70) ; 2009 marquera à n'en pas douter l'ère du dialogue des juges en matière constitutionnelle. Ce n'est pas la deuxième intervention du juge tchèque du *3 novembre 2009* (71) qui restera dans les mémoires (72) — ce qui, on le verra, est regrettable — mais bien l'imposante décision allemande du *30 juin 2009* (73). La décision « *Lisbonne* » adoptée à l'unanimité (quant à son dispositif (74)) — longue de 421 paragraphes particulièrement denses — démontre s'il en était encore besoin que l'Allemagne ou plutôt la Cour de Karlsruhe (ce n'est pas tout à fait la même chose) entend garder les commandes du dialogue. À l'échelle verticale tout d'abord en voulant imposer aux institutions de l'Union en général et à la Cour de justice de l'Union en particulier *sa* conception tant de la nature de l'intégration que de son évolution ; à l'échelle horizontale ensuite en voulant confirmer son statut de « référent dogmatique » à l'endroit des autres cours constitutionnelles européennes. Cette affirmation mise à part, est-il possible d'avoir une seule approche de cette décision qui vient étoffer la saga judiciaire des arrêts *Solange* — I & II — et *Maastricht* ? Rien n'est moins sûr quand on prend connaissance de l'extrême

(69) Inutile de dire également qu'il y va, à terme, de la force d'attraction de la doctrine française et francophone qui se retrouvera fortement marginalisée si elle ne discute pas des théories qui circulent partout ailleurs.

(70) La première pour déclarer inconstitutionnelle une initiative populaire ayant pour objet de faire approuver le traité par référendum ; la seconde pour déclarer conforme à la Constitution le traité de Lisbonne, v. cette Revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2009, nº 4, pp. 1266-1267.

(71) Tribunal constitutionnel tchèque, 3 novembre 2009, Lisbonne, Pl. 29/09. Une version anglaise est disponible sur le site de la Cour tchèque.

(72) Bien qu'elle permit (et ce ne fut point évidemment négligeable) que le processus d'entrée en vigueur du traité de Lisbonne soit débloqué.

(73) Tribunal constitutionnel allemand, 30 juin 2009, Lisbonne, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 et 2 BvR 182/09, publié en anglais et français sur le site Internet du Tribunal constitutionnel allemand.

(74) Il faut préciser qu'une majorité de sept voix contre une s'est manifestée en ce qui concerne ses motifs.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

hétérogénéité des analyses doctrinales et politiques la concernant (75). Un professeur allemand, Franz Mayer pour ne pas le nommer, s'est même essayé (avec brio) à présenter l'arrêt dans un article mettant en scène plusieurs voix, chacune d'entre elles représentant un point de vue différent (76)... Inutile de dire que les commentaires — en fonction du point de vue *subjectif* de leurs auteurs (77) — n'ont pas manqué de révéler des axes d'analyse diamétralement différents (78). Cela n'a rien de nouveau : la même effervescence politico-doctrinale particulièrement contrastée avait déjà entouré — il y a près de 17 ans — la décision *Maastricht.* Il y a encore aujourd'hui des analyses qui entendent délivrer la « bonne » interprétation de cette décision, c'est pour dire. Chaque incursion de la Cour de Karlsruhe dans le débat constitutionnel européen ne manque pas d'être guetté, scruté, décortiqué pour être *in fine* soit critiqué soit loué : tantôt les aspects « nationaux » voire « nationalistes » du raisonnement du juge seront valorisés, tantôt à l'inverse ses aspects « coopératifs » et *pro integrationae*. Il faut dire que sur 421 paragraphes, on trouve des éléments qui vont assurément dans les deux directions.

---

(75) On lira avec un grand intérêt le commentaire de Peter Haberle qui recense dans la première partie de son analyse toutes les analyses qui parurent dans la presse allemande émanant tant de « politiques » que de professeurs de droit constitutionnel, v. « La regresiva sentencia Lisboa'como Maatricht II'anquilosada », ReDCE, Año 6, Julio-Diciembre de 2009, pp. 397-429. Pour un exemple d'analyses menées par des « politiques » en France, on mentionnera le *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne au sujet de la loi d'approbation du traité de Lisbonne* (26 novembre 2009, nº 119). Ce rapport fut rédigé par Hubert Haenel — qui depuis, on le sait, a intégré le Conseil constitutionnel. Ses grandes lignes furent transformées en un article paru à la revue *Commentaire* avec le titre choc de « La Cour de Karlsruhe : une leçon de démocratie », *Commentaire*, nº 130, Été 2010, pp. 411-417.

(76) F. C. Mayer, « Rashomon à Karlsruhe », RTD eur., janvier-mars 2010, nº 1, pp. 77-92.

(77) Cette subjectivité sera fonction de la vision de l'intégration ainsi que de la culture politique et académique de l'auteur.

(78) Les analyses doctrinales sur cette décision sont légion. Les références hexagonales étant faciles d'accès, on mentionnera ici à dessein quelques analyses provenant de secteurs doctrinaux étrangers : F. Castillo de la Torre, « La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 30 de junio de 2009 relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa. Análisis y comentario », Revista de derecho comunitario europeo, septiembre-diciembre 2009, nº 34 ; D. Doukas, « The verdict of the German Federal Constitutional Court on the Lisbon Treaty: not guilty, but don't do it again! », European Law Review 2009, 34(6), pp. 866-888. On se reportera également aux analyses de D. Grimm, J-H. Reestman, R. Bieber, T. Lock dans le numéro spécial de la European Constitutional Law Review, 2009, nº 3 ainsi qu'à celles de C. Schonberger, F. Schorkopf, C. Tomuschat, A. Grosser, M. Niedobitek, C. Wohlfahrt, P. Kiiver, S. Leibfried & K. van Elderen dans l'édition spéciale du German Law Journal de 2009, vol. 10, nº 8 « *Special issue: The Lisbon Judgement of the German Federal Constitutional Court* » (*www.germanlawjournal.com*).

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

On peut commencer par rappeler que le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe fut saisi par un groupe parlementaire du Bundestag (*Die Linke*) ainsi que par un député du groupe parlementaire CDU-CSU (M. Peter Gauweiler) qui estimaient que la loi de ratification du traité violait un certain nombre de principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel allemand tels la séparation des pouvoirs, la démocratie ou encore la souveraineté de l'État. Si le Tribunal déclara compatible la loi de ratification avec l'ordre constitutionnel allemand, il n'en conditionna pas moins la poursuite du processus de ratification du traité à une modification de la législation allemande afin de renforcer la participation des deux Chambres aux processus d'intégration européenne. Dit autrement, le juge constitutionnel imposait ni plus ni moins aux représentants du peuple et des *länder* allemands qu'ils renforcent leur propre rôle au nom — *grosso modo* — du renforcement de l'exigence démocratique. Le 25 septembre 2009, la loi sur la mise en œuvre de la responsabilité du *Bundestag* et du *Bundesrat* en matière d'intégration dans le cadre de l'Union européenne était adoptée (79), tandis que la loi sur les relations Gouvernement/Parlement était modifiée ; l'Allemagne pouvait ainsi s'honorer de ne pas bloquer le processus de ratification...

La lecture de la décision engendre, sur de nombreux aspects, un sentiment de « *déjà-vu* ». Recensons les « classiques » de la jurisprudence de Karlsruhe. 1. L'article 38§ 1 al. 1 de la Loi Fondamentale qui réglemente le droit pour chaque électeur allemand d'élire les députés du *Bundestag* est un droit fondamental (para. 208) 2. L'Union n'a rien d'un État fédéral, mais prend uniquement l'allure d'une « *Union d'États souverains* » (*Staatenverbund*) qui est un simple « ordre juridique dérivé » établi conformément au droit international public : les États restent les « maîtres des traités » car de peuple européen il n'existe pas (para. 231) ; 3. La démocratie au sein de l'Union n'est pas comparable à la démocratie existant au sein de l'État allemand comme au sein des autres États membres ; 4. Les compétences transférées doivent s'exercer dans les limites du principe d'attribution ; tout *ultra vires* engendrera un contrôle de la part du Tribunal constitutionnel (*ultra-vires kontrolle*) (para. 240). *Nihil Novi* sur tous ces éléments. Dix-sept ans après la décision *Maastricht* et trois traités de révision plus tard (ceux d'Amsterdam, Nice et Lisbonne), les « classiques » de la dogmatique allemande n'ont pas varié d'un iota. Il faut dire que l'échec de la ratification du Traité établissant une constitution pour l'Europe et l'entreprise de déconstitutionnalisation du traité de Lisbonne (tout du moins sous l'angle nominaliste) n'ont guère poussé des juges empreints de culture juridique classique à rénover l'analyse en termes juridiques et politiques. Il n'y a donc aucune raison, du point du juge constitutionnel le plus influent d'Europe, de varier sa partition et de renoncer à ce

(79) Integrationsverantwortungsgesetz (art. 1 du "Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union", Bundesgesetzblatt I Nr. 60, Seite 3022), *www.bundesgesetzblatt.de*

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

qui fait la majesté de son office : l'ordre constitutionnel mis en place par la Loi Fondamentale de Bonn (LF) dont on rappellera, quand même, avec Julian Kokott qu'elle est particulièrement ouverte à l'égard du droit de l'intégration européenne (80).

Ceci dit, il n'en est pas moins vrai que la décision *Lisbonne* recèle des « nouveautés ». 1. La première est non la moindre concerne l'apparition — après que le Conseil constitutionnel français ait ouvert le bal — de la notion d'identité constitutionnelle. Mieux, après avoir rappelé l'existence du contrôle *ultra vires,* la Cour présente un second type de contrôle, celui du respect de cette identité (*Identitáskontrolle*), intimement reliée à la « clause d'éternité » de l'article 79 (3) de la LF (81). Bien que le tribunal considère que son contrôle sera limité et exceptionnel, il affirme également qu'il n'est pas admissible pour l'Allemagne de « renoncer à sa propre identité » et que dans l'hypothèse de la création d'un État fédéral, le Peuple allemand serait seul légitime à décider de l'opportunité d'une telle transformation (para.228 ; para. 230). 2. La seconde nouveauté concerne le « déficit démocratique ». Non pas que la décision *Maastricht* soit restée muette sur la question et que la décision *Lisbonne* aborde pour la première fois la thématique ; elle concerne plutôt la manière d'appréhender la question. Là où en 1993 le Tribunal laissait présager une possible évolution de la démocratie à l'échelle européenne en postulant un renforcement des pouvoirs du Parlement ; une telle approche disparaît en 2010. Pour reprendre l'expression de Julio Baquero Cruz, il semble que le Tribunal « banisse pour toujours l'Union du paradis de la véritable démocratie » (*true democracy*) » qui reste confinée aux États nations (82). Le Parlement européen ne représente pas *le* peuple européen mais « demeure sur le fond un organe de représentation *des* peuples des États membres » (para. 284) ; une représentation établie qui plus est sur une base discriminatoire puisque « le poids du suffrage d'un ressortissant d'un État membre à faible population [peut] être d'environ douze fois celui du suffrage d'un ressortissant d'un État membre fortement peuplé » (para. 285). Et le Tribunal de pointer du doigt

---

(80) On se reportera avec profit à l'analyse de J. Kokkott (Avocat général près la CJUE) — qui met en perspective la décision *Lisbonne* dans le contexte historique de l'élaboration de la Loi Fondamentale — v. « The Basic law at 60 — from 1949 to 2009. The Basic law and Supranational Integration », German Law Journal, 2010, vol. 11, pp. 99-114.

(81) L'article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale précise que les principes énoncés par l'article 20 de celle-ci ne peuvent être révisés. Parmi ces principes figure le caractère « démocratique » de la RFA, où « *tout pouvoir d'État émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire* ».

(82) J. Baquero Cruz, « A juridical Götterdämmerung: The Lisbon Decision of the German Constitutional Court », Karlsruhe's Europe, Notre Europe, 2010, p. 8 (Studies & Research nº 78).

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

la « sur-fédéralisation » du système de représentation : l'égalité entre États membres prévalant sur l'égalité des citoyens.

Les conséquences de ces nouveautés « dogmatiques » ne sont évidemment pas anodines. La première est que le Tribunal constitutionnel s'immerge dans le « concret ». Là où la décision *Maastricht* était restée vague sur les limites à ne pas dépasser, la décision Lisbonne est très explicite en considérant qu'il « *est particulièrement opportun de tracer la limite là où la coordination de situations transfrontalières est objectivement nécessaire* » (para. 251). Sans doute le Tribunal constitutionnel estima-t-il que malgré les avertissements lancés en 1993, la Cour de justice avait régulièrement renoué avec une jurisprudence activiste qui a fait fi du principe d'attribution des compétences (83). Ils ont alors dû estimer que le temps était venu — partant du principe que le traité de Lisbonne ne serait pas révisé de sitôt — de fixer très concrètement les bornes à ne pas dépasser ; d'énumérer *expressis verbis* les « *domaines particulièrement sensibles pour la capacité d'autodétermination démocratique d'un État constitutionnel* » (para. 252) et dans lesquels, par conséquent, la capacité d'action discrétionnaire des États sera forte (para. 256). Ainsi, « *le droit pénal matériel et formel, la disposition du monopole de la force — force de police à l'intérieur, force armée vers l'extérieur — les décisions fondamentales fiscales relatives aux recettes et aux dépenses publiques — notamment celles motivées par des considérations de politique sociale — la réglementation des conditions de vie par l'État social, ainsi que les décisions particulièrement importantes du point de vue culturel, par exemple relatives au droit de la famille, au système scolaire et de l'éducation nationale, ou encore au traitement de communautés religieuses* » (para. 252) sont les domaines où l'État doit conserver sa capacité d'adopter des « décisions essentielles » (para. 259).

---

(83) Il est intéressant de constater que le « rapport Haenel » précité met en avant cet élément en mentionnant deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne symptomatiques, selon lui, d'une jurisprudence qui flirta avec la révision judiciaire des traités. Le premier arrêt cité est celui des « *poissons sous taille* » du 12 juillet 2005 où la France fut condamnée à une sanction pécuniaire qui combinait une amende forfaitaire et une astreinte semestrielle alors que l'article 228 TCE présentait ces sanctions comme alternatives et non cumulatives (p. 15). Il mentionnait également à la suite les très célèbres arrêts Commission c/ Conseil (13 septembre 2005) et *Mangold* (22 novembre 2005). Ce dernier a en effet engendré une levée de bouclier en Allemagne, une grande partie de la doctrine allemande considérant que la Cour avait procédé à un *ultra vires.* Il faudra guetter l'attitude du tribunal constitutionnel allemand sur la question. Il a en effet été saisi par la compagnie « *Honeywell Bremsbelag GmbH* » dans une affaire où est en question l'application de la jurisprudence *Mangold* par le Tribunal fédéral du travail. Sur cette question, on renvoie également à l'analyse de J. Kokott qui défend l'idée que l'arrêt *Mangold* n'est en aucun cas un *ultra vires, v.* The Basic law at 60 — from 1949 to 2009... », *op. cit.,* spéc. p. 110 et s.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

Une autre conséquence de cette approche « recadrée » concerne la nécessaire participation des institutions parlementaires allemandes (*Bundestag* et *Bundesrat*) à toute modification des traités y compris quand elles sont mises en place au moyen de techniques spécifiques. Ainsi, les procédures dites simplifiées de révision (article 48§ 6 TUE), les clauses passerelles (article 48§ 7 TUE et 81 § 3, al. 2 TFUE) ainsi que la classique disposition « soupape » (article 352 TFUE) ne pourront être utilisées par le Gouvernement allemand sans obtenir *l'aval* du Parlement allemand. Autrement dit, un éventuel veto ne vaut plus ; ce qui compte c'est la participation active des représentants du peuple et des *länder* au processus d'intégration d'autant plus quand il est censé prendre un tournant en direction d'un approfondissement poussé.

La décision tchèque du *3 novembre 2009 — Lisbonne II* (84) — *a-t-elle été influencée par la jurisprudence allemande du 30 juin 2009* ? Les nouveautés de la jurisprudence en provenance de Karlsruhe ont-elles irradiées (d'aucuns pourraient penser « contaminées ») la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Prague ? En réalité, s'il est indéniable que l'influence (en termes politique et doctrinal) de la jurisprudence du Tribunal de Karlsruhe ne peut être ignorée, il ne faudrait pas dans le même temps la surestimer. En effet, la lecture de l'arrêt *Lisbonne II* démontre à quel point le libre-arbitre constitutionnel reste vigoureux, notamment au sein d'un jeune' État membre. Tout avait été fait pourtant pour mettre les juges constitutionnels sous pression. C'était encore à l'instigation de l'eurosceptique président de la République Vaclav Klaus que la seconde chambre du Parlement (Sénat) avait saisi, pour la seconde fois (85), la Cour de six nouveaux types de contestations. Et de considérer qu'en raison de la clarté insuffisante du traité, de la violation des principes de non-rétroactivité, de neutralité politique, de confiance légitime, de souveraineté et en raison du déficit démocratique persistant au sein de l'Union, les dispositions du traité de Lisbonne étaient incompatibles avec les caractéristiques constitutionnelles de l'État de droit tchèque (sic !). Bien que la Cour ait confirmé l'analyse restrictive de l'autorité de chose jugée de ses arrêts (para. 3) (86) et bien qu'elle ait accepté « exceptionnellement » la requête (alors qu'elle était beaucoup trop tardive et qu'elle pouvait passer pour un abus de procédure), elle n'en considéra pas moins qu'en l'espèce tous les obstacles formels à la ratification du traité étaient levés. On n'abordera pas l'analyse de l'ensemble de ces éléments ici, on tentera en revanche de montrer comment, sur des questions de même nature, le raisonnement du juge tchèque

---

(84) Cour constitutionnelle tchèque (*stavni Sound*), 3 novembre 2009, Pl S 29/09. Une version anglaise est disponible à l'adresse suivante : *www.concourt.cz/view/726*.

(85) La première saisine avait donné lieu à l'arrêt du 26 novembre 2008, *Traité de Lisbonne,* Pl S 19/08, voir cette Revue, « Jurisprudence européenne comparée — 2009 », n° 4, pp. 1266-1267.

(86) Ce qui ne l'empêcha pas de refuser de se prononcer à nouveau sur les éléments du traités de Lisbonne qu'elle avait déjà examiné en 2008 (para. 7).

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

est à l'opposé de son homologue germanique 1). Là où le juge allemand égrène les matières dans lesquelles le « pouvoir européen » doit faire preuve de retenue, le juge tchèque de son côté s'estime incompétent — au regard de sa position au sein de l'architecture constitutionnelle — pour définir la liste des compétences qui seraient « non transférables » au niveau européen (para. 17). Ainsi, à la demande des requérants qui l'encourageaient à « *établir les limites substantielles du transfert de compétences* » inspirés de façon manifeste (*evidently*) (para. 16) par la décision de la Cour allemande qui établit un tel catalogue (*v.* para. 252, TCK), le juge tchèque résiste à la résistance provenant d'outre-Rhin... Et d'estimer qu'il s'agit de décisions politiques qui reviennent au législateur ; son office ne consistant à ne les contrôler qu'*après* leur adoption 2). Là où le tribunal allemand analyse la démocratie de façon extrêmement formelle, en ignorant à dessein la métamorphose du système politique européen (un système interconnecté) et les nombreuses analyses doctrinales en la matière, *l'Ustavní soud* pour sa part estime que l'article 10 § 1 TUE — selon lequel le fonctionnement de l'Union est fondé sur la démocratie représentative — vise les deux niveaux d'exercice du pouvoir (européen et national) (para. 43). Enfin, là où la souveraineté de l'État allemand est survalorisée par la Cour de Karlsruhe au détriment des aspects « eurocompatibles » de la Loi Fondamentale, la Cour tchèque quant à elle rappelle (afin de déjouer les arguments fallacieux du Président) que le concept de « souveraineté partagée » avait été accepté par la République tchèque bien avant son adhésion (para. 54 et 55). Que de différences éclatantes entre les deux jugements ! La doctrine s'est déjà radicalement focalisée sur la décision allemande. Elle est certes majeure, mais n'oublions pas que l'Union est un système intégré aux ordres juridiques nationaux, à *tous* les ordres juridiques et que *toutes* les voix judiciaires qui en sont issues sont dignes et d'intérêt et d'analyse.

— Les Cours constitutionnelles et le contrôle *indirect* du droit dérivé

Il n'y a pas que la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen (87) qui démontre à quel point le contrôle par les Cours constitutionnelles (88) des actes nationaux de transposition peut malmener l'exigence d'application uniforme et rapide du droit de l'Union. En réalité, il faut s'accoutumer au fait que tous les actes de l'Union qui abordent des questions « sensibles » (89) — et ils

(87) Pour des raisons de place, on ne traitera pas cette année des affaires qui ont concerné la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen. Pour une présentation d'un arrêt important du Tribunal constitutionnel espagnol en la matière, v. « Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne », E. Saulnier-Cassia (dir.) RTD eur., avr.-juin 2010, pp. 442-444.

(88) Ou les Cours suprêmes qui ont des fonctions de nature constitutionnelle.

(89) I.e. où le niveau de protection des droits fondamentaux des individus est en jeu.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

sont de plus en plus nombreux au regard des avancées successives du droit de l'Union dans des domaines stratégiques — sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle particulièrement strict de la part des juges constitutionnels nationaux. Juste revers des choses dans le cadre d'une Union de droit où tous les contre-pouvoirs sont à l'œuvre. La directive 2006/24/CE (90) fait partie de ces actes « sensibles ». Elle traite de la conservation des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications. Adoptée dans un contexte marqué encore et toujours par la lutte contre le terrorisme (91), elle permet la conservation de données relatives à une communication téléphonique ou à un courrier électronique pendant une période allant de six mois à deux ans (92). Par une décision du *8 octobre 2009* (93), la Cour constitutionnelle roumaine a déclaré l'inconstitutionnalité de la loi nationale de transposition de cette importante directive en mettant face à ses responsabilités le législateur national qui n'a pas su utiliser à bon escient sa marge de discrétion dans l'opération de transposition. Il faut dire que cette dernière était imposante ; l'article 4 de la directive (intitulé « accès aux données ») dispose en effet que « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce que les données conservées conformément à la présente directive ne soient transmises qu'aux autorités nationales compétentes dans des cas précis et conformément au droit interne. *La procédure à suivre et les conditions à remplir* pour avoir accès aux données conservées dans le respect des exigences de nécessité et de proportionnalité *sont arrêtées par chaque État membre dans son droit interne, sous réserve de dispositions du droit de l'Union européenne ou du droit international public applicables les en la matière, en particulier la CEDH telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme* ». On le voit, la latitude des parlements nationaux est importante, pour ne pas dire stratégique, à l'heure d'assurer une protection élevée des droits des

(90) Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, JO L 105 du 13 avril 2006, pp. 54-63.

(91) Cette directive trouve son origine dans la Déclaration sur la lutte antiterroriste du 25 mars 2004 adoptée par le Conseil de l'Union européenne.

(92) Et ce dans le but, notamment, de pouvoir tracer et identifier la source d'une communication ; la destination d'une communication ; la date, l'heure et la durée d'une communication ; de pouvoir identifier le type de communication ; la machine utilisée pour communiquer ou encore la location des équipements de communication mobile. On se rend compte ici que le contenu de la communication n'est pas concerné. La détention de ces informations techniques permet, le cas échéant, de les mettre à la disposition des autorités compétentes aux fins de poursuites pénales concernant des infractions graves.

(93) Cour constitutionnelle roumaine, 8 octobre 2009, n° 1258 (*www.ccr.ro*).

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

personnes (physiques et morales) qui seraient susceptibles de tomber sous le coup de cette réglementation. Or, le législateur roumain n'a pas été assez précautionneux et c'est ce que sanctionne clairement la Cour constitutionnelle en se basant notamment sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (94). Elle estime en effet que le droit à la vie privée et familiale comme le secret de la correspondance et la liberté d'expression des individus ont été enfreints par des mesures insuffisamment protectrices contre le risque d'utilisation abusive et arbitraire des données de trafic et de localisation. En effet, elle considère que tant le caractère « continu » de l'obligation de conservation des données (95) que l'absence de définitions et de critère précis délimitant les notions employées par la loi (96) sont attentatoires aux droits fondamentaux. Ce contrôle poussé de l'œuvre du législateur national quand il intervient dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union ne peut être que positif pour le renforcement d'une Union de droit quand on considère que les ordres juridiques nationaux et européen ne sont que les deux facettes d'un même système juridique.

b. Les Cours constitutionnelles et le renvoi préjudiciel communautaire

Alors que certains juges constitutionnels déjouent des embûches en tout genre afin de valoriser l'importance du renvoi préjudiciel dans le cadre de l'Union européenne, certains législateurs entendent quant à eux remettre au cœur de l'architecture juridique des États les voies de droit constitutionnelles au risque de mettre à mal certains principes issus de l'ordre juridique de l'Union.

— L'empathie judiciaire

Il est intéressant de noter que le mécanisme préjudiciel fut préservé par les Cours constitutionnelles tchèque et polonaise qui se sont faites, en 2009, les alliées objectives de la Cour de justice. Par un arrêt du *8 janvier 2009* (97), la Cour tchèque rejoignait le club des Cours allemande, autrichienne ou encore

(94) Elle cite notamment l'arrêt de la Cour EDH, 2000, Rotaru c/ Roumanie en faisant référence à l'exigence de « prévisibilité » de la règle de droit.

(95) Elle estime en effet que la conservation des données (entre 6 mois et deux ans) est une obligation à caractère continu qui vise toutes les personnes et ceci indépendamment du fait de savoir si elles ont commis ou non des infractions ou si elles ont fait l'objet de poursuites pénales. Or, de telles données pourront être utilisées, sur autorisation du juge, pour une période de temps qui concerne le passé et non le futur. Autant d'éléments en contrariété avec le code de procédure pénale roumain qui permet d'effectuer, pour sa part, après autorisation du juge, des enregistrements et des interceptions de communications pour une durée ne pouvant excéder 120 jours pour la même personne et pour les mêmes faits.

(96) Notamment les expressions de « données connexes nécessaires à l'identification de l'abonné ou de l'utilisateur enregistré » ou de « menaces à la sécurité nationale ».

(97) Cour constitutionnelle tchèque, 8 janvier 2009, II, S 1009/08.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

espagnole pour lesquelles un refus, par un juge ordinaire, d'activer le renvoi préjudiciel peut s'apparenter à une violation du « droit au juge légal ». Ainsi, quand une juridiction tchèque — qui statue en dernier ressort — décide de façon arbitraire de ne pas saisir la Cour de justice (en l'espèce il s'agissait de la Cour administrative suprême), l'*stani Sound* estime que le droit au juge légal garanti par l'article 38§ 1 de la Charte tchèque des droits et libertés fondamentaux est enfreint. Il est remarquable de noter que le juge s'est expressément référé à la jurisprudence allemande sur la question en rappelant les deux critères du caractère arbitraire du refus de renvoi. 1) Quand la juridiction de dernière instance, qui applique le droit de l'Union, omet grossièrement de se poser la question du renvoi ou 2) quand la décision de ne pas activer le renvoi préjudiciel ne fait l'objet d'aucune motivation en bonne et due forme, notamment au regard de la jurisprudence de la Cour de justice qui admet des exceptions à l'obligation de renvoi. En l'espèce, la Cour constitutionnelle fut très sévère dans l'appréciation de l'erreur commise par la Haute juridiction administrative qui n'examina à aucun moment — alors que l'interprétation du droit de l'Union était en jeu (98) — l'existence éventuelle d'une jurisprudence de la Cour de justice sur le thème en cause. Partant, le défaut de motivation était manifeste et le droit au juge s'en trouva enfreint.

On sait que le mécanisme préjudiciel est prévu — avec certains aménagements — dans le cadre des dispositions du troisième pilier ; il est en effet conditionné par l'acceptation préalable de la compétence de la Cour par l'État sur la base de l'article 35§ 2 du TUE (99). Pendant longtemps, la Pologne avait décidé de rester à l'écart de ce mécanisme fondamental, ce qui d'ailleurs n'avait pas manqué d'entraîner la critique de la Cour suprême polonaise qui regrettait dans un arrêt du *20 juillet 2006* une telle politique judiciaire (100). Le législateur décida de mettre un terme à cette politique d'ostracisme préjudiciel le 10 juillet 2008 en autorisant le Président de la République à déposer une déclaration sur la reconnaissance de la compétence de la Cour. C'était sans compter avec la fronde eurosceptique du Président de la République qui décida d'attaquer cette législation *pro integrationae*. La requête — présentée dans le cadre du contrôle préventif des lois — arguait du fait qu'un tel

(98) Le contentieux concernait une entreprise qui avait sollicité le statut de partie intéressée dans une procédure d'enregistrement de médicaments afin de pouvoir intenter un recours contre l'enregistrement d'un médicament essentiellement similaire à un médicament dont elle avait été autorisée à commercialiser. Comme la loi tchèque sur les médicaments n'accordait ce statut qu'au seul demandeur d'enregistrement, la partie requérante soutint l'incompatibilité de la législation nationale avec la directive 2001/83 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain.

(99) On raisonne ici dans le cadre de l'état antérieur à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

(100) Cour suprême polonaise, 20 juillet 2006, 1 KZP 21/06, v. cette Revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée — 2007 », n° 4, p. 1122.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

mécanisme était contraire au droit — protégé par l'article 45, alinéa 1 de la Constitution — de voir sa cause entendue par un tribunal *sans retard excessif*. La constitutionnalité de la loi ne fit aucun doute pour la Cour constitutionnelle de Varsovie qui s'engagea dans une analyse particulièrement ouverte et positive à l'endroit du mécanisme préjudiciel dans sa décision du *18 février 2009* (101). Elle commença par rappeler que des mécanismes du même ordre existaient au sein de l'ordre juridique polonais et dont constitutionnalité n'avait jamais fait l'objet de contestations. Et d'estimer que si les justiciables ont effectivement le droit à ce que leur cause soit entendue avec célérité, ils ont également le droit à ce que justice soit rendue à bon escient, *i.e.* sans que cela se fasse au détriment de l'interprétation et de l'application correcte des normes juridiques. Or, selon la Cour, le renvoi préjudiciel participe à une bonne connaissance du droit de l'Union. Surtout, la Cour constitutionnelle considéra que la possibilité de saisir la Cour de justice dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale était la preuve de la contribution d'un tel mécanisme au renforcement de la protection des droits fondamentaux. Elle rejeta l'argument de la durée excessive de la procédure préjudicielle en rappelant la mise au point tout à la fois de la procédure préjudicielle accélérée et de la procédure préjudicielle d'urgence (PPU) applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, qui permirent l'une et l'autre, une diminution sensible des délais de procédure devant la Cour de Luxembourg. Autant dire que la Cour constitutionnelle polonaise se fait ici le porte-parole et l'ardent défenseur de ce mécanisme contentieux dont on sait qu'il est vital pour l'uniformité d'application du droit de l'Union.

Cet état d'esprit n'est pas forcément celui de certains législateurs qui entendent recadrer le contentieux constitutionnel au centre des « priorités » juridictionnelles. La Belgique et la France se sont distinguées à cet égard.

— Le recadrage législatif

La *Belgique* a ouvert la voie par une *loi spéciale du 12 juillet 2009* apportant une modification de taille à la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage (désormais « Cour constitutionnelle ») (102). L'article 26 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle précise dorénavant, en son nouveau paragraphe 4 que « *lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi [...] viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la*

(101) Tribunal constitutionnel polonais, 18 février 2009, Kp 3/08.

(102) Loi spéciale du 12 juillet 2009 modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, Moniteur Belge, 31 juillet 2009, p. 51617.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution. » Bien que cette obligation souffre de quelques exceptions limitativement énumérées (103), la question de son articulation avec le renvoi préjudiciel de l'Union n'est pas abordée et soulève, ce faisant, de nombreuses interrogations sur sa compatibilité avec l'article 234 TCE (nouvel article 267 TFUE). Des questionnements qui n'ont pas manqué d'interpeller le tribunal de première instance de Liège qui, le *23 novembre 2009*, posait une question préjudicielle en interprétation à la Cour de justice pour savoir si la nouvelle législation belge était compatible avec l'exigence d'application immédiate du droit communautaire (104)... À signaler qu'avant l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi, le Conseil d'État belge — dans une affaire complexe et passionnante de défense de l'environnement — décidait de poser tout à la fois une question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle et une question préjudicielle à la Cour de justice dans le cadre d'un renvoi simultané (105) — en décidant d'ailleurs d'attendre les deux réponses, avant que le procès puisse reprendre son cours normal (106). Quand on sait que le *9 avril 2010*, la Cour constitutionnelle belge activait également le renvoi préjudiciel en interprétation devant la Cour de justice

---

(103) 1. Notamment quand la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique ; 2. Lorsque la juridiction estime que la disposition du titre II de la Constitution n'est manifestement pas violée ou 3. lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale ou de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition de droit européen, de droit international ou du titre II de la Constitution est manifestement violée.

(104) Tribunal de première instance de Liège, 23 novembre 2009, Claude Chartry c/ État belge, aff. C-457/09.

(105) Conseil d'État belge, 27 mars 2009, Boxus et Roua c/ Région wallonne, nº 191.950. Dans une ordonnance du 19 mai 2009, le Président de la Cour de justice décida de joindre plusieurs affaires connexes par leur objet conformément à l'article 43 du règlement de procédure, v. CJCE, Ord., 19 mai 2009, jonction des affaires C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09. En effet, le Conseil d'État belge procéda en réalité à plusieurs renvois dans des affaires très similaires [CE belge, 27 mars 2009, Guido Durlet e.a. c/ Région Wallonne, aff. C-129/09 ; CE belge, 27 mars 2009, Paul Fastrez, Henriette Fastrez c/ Région wallonne, aff. 130/09 ; CE belge, 27 mars 2009, Philippe Daras c. Région wallone, aff. 131/09 ; CE belge, 31 mars 2009, Association des Riverains et Habitants des Communes Proches de l'Aéroport BSCA, Bernard Page c/ Région wallonne, aff.134/09 ; CE belge, 31 mars 2009, Association des Riverains et Habitants des Communes Proches de l'Aéroport BSCA, Bernard Page, Léoin L'hoir, Nadine Dartois c/ Région wallonne, aff. 135/09].

(106) L'article 4 du dispositif de l'arrêt se lit ainsi : « Après un examen de la réponse donnée par la Cour constitutionnelle aux questions posées à l'article 2 et par la Cour de justice des Communautés européennes aux questions posées à l'article 3, le membre de l'auditorat désigné par Monsieur l'Auditeur général est chargé de rédiger un rapport complémentaire. À dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des deux parties disposera d'un délai unique de trente jours pour déposer un nouveau mémoire. »

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

dans le cadre du même litige (107), on prend la mesure de l'extraordinaire enchevêtrement des procédures ; les ordres juridiques nationaux et européens n'apparaissent-ils pas toujours et encore comme les deux facettes d'un même système juridique ? Quoi qu'il en soit, la nouvelle loi belge organise la priorité de la procédure constitutionnelle préjudicielle et même si le mot ne figure pas dans la loi, c'est bien son « esprit ». La *France* a quant à elle mis en place une procédure équivalente en utilisant le fameux « mot » qui peut fâcher. La *loi organique du 10 décembre 2009* consacre la priorité constitutionnelle sur l'obligation conventionnelle y compris quand le droit de l'Union est en cause (108). Ainsi, lorsque la juridiction est saisie de moyens qui contestent à la fois la constitutionnalité de la loi et le défaut de conformité de cette loi avec les « engagements internationaux de la France », la juridiction doit en priorité se prononcer sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Une telle approche contentieuse n'était pas celle présente dans le projet de loi organique tel que présenté par le gouvernement. La « priorité sur la priorité » au profit du droit de l'Union a disparu au niveau de son examen par les assemblées. Il suffit de prendre connaissance du « *Rapport Portelli* » pour prendre la mesure des oppositions tout à la fois doctrinales et institutionnelles sur le sujet. Faisant fi de la « doctrine Simmenthal » et prenant acte (notamment) du droit comparé et de l'exemple belge mis avant par le professeur de droit constitutionnel et sénateur belge Francis Delpérée (109), le Sénat français confirmait, après l'Assemblée nationale, pour une priorité intégrale accordée à la question constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel valida cette approche dans sa décision du *3 décembre 2009* (110). Pouvait-il véritablement en aller autrement ? Aurait-on pu imaginer qu'il scie la branche qui allait le propulser au cœur d'un système juridictionnel français entièrement refondu ? Quoi qu'il en soit, le Conseil valorise à souhait l'aspect procédural de la priorité pour ne pas mettre à mal (démesurément) l'exigence de primauté (111). Savant exercice d'équilibriste.

---

(107) Cour constitutionnelle belge, 9 avril 2010, Marie-Noêlle Solvay et a. (aff. C-182/10).

(108) Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009.

(109) Il faut mentionner que la loi spéciale belge du 18 juillet 2009 avait fait l'objet d'un examen préalable de la part du Conseil d'État belge qui, par un avis du 3 mars 2009 (n° 45.905/AG) avait considéré compatible la procédure « prioritaire » belge avec les exigences découlant de la primauté du droit communautaire.

(110) Conseil constitutionnel français, 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61§ 1 de la Constitution, n° 2009-595 DC.

(111) A. Levade, « Priorité n'est pas primauté ou comment articuler contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », Constitutions, Revue de droit constitutionnel appliqué, avril-juin 2010, n° 2, pp. 229-233.

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

2. *Les Cours constitutionnelles et la portée des arrêts de la Cour de Strasbourg*

Après les arrêts remarqués de la Cour constitutionnelle italienne du *24 octobre 2007* (112), l'Italie continue de marquer sa défiance à l'endroit du système conventionnel européen. Par un arrêt du *26 novembre 2009* (113), le juge constitutionnel était amené à se prononcer sur la question de savoir si une loi italienne, considérée par le juge de renvoi comme potentiellement contraire à l'article 6 de la Convention, était compatible avec l'article 117 de la Constitution italienne (114). Dans cette affaire qui concernait un litige opposant des personnels administratifs à l'État, il est intéressant de signaler que le Tribunal ordinaire de Milan avait au préalable saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle en interprétation. De réponse en provenance du Plateau de Kirchberg il n'y en eut point, puisque le litige ne relevait pas du champ d'application du droit communautaire (115)... Si la « carte » procédurale de l'Union ne fonctionna pas, il restait celle de l'activation du recours constitutionnel. Les requérantes n'eurent guère de chance sur le fond. Elles désiraient que la Cour constitutionnelle déclare l'inconstitutionnalité d'une loi de validation. En effet, au nom « de raisons impératives de caractère général », le législateur italien ne reconnaissait plus au personnel administratif des établissements scolaires de l'État (qui avaient été antérieurement des employés de collectivités locales), le droit d'être intégré dans les mêmes classes de rémunérations que les employés qui, dès l'origine, avaient travaillé pour l'État central. La Cour constitutionnelle valida la loi tant au regard de l'article 117 que de l'article 6 de la Convention européenne. Elle en profita toutefois pour préciser les contours de son office. Et d'affirmer qu'elle a le droit de vérifier si une disposition de la Convention — telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg — est ou non contraire à la Constitution italienne (!) Si la contrariété est avérée, c'est la loi nationale de transposition qu'il faudra déclarer contraire à la Constitution. Le renversement des rôles est ici magistral. Le mécanisme conventionnel a été mis en place afin de contrôler le respect par les États et leurs pouvoirs constitués des droits de la Convention. Ces pouvoirs constitués

(112) Voir « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2007) », cette Revue, 2008, nº 5, p. 1555.

(113) Cour constitutionnelle italienne, 26 novembre 2009, nº 31.

(114) Cette disposition prévoit que la législation italienne doit respecter les obligations qui découlent tant du droit de l'Union européenne que du droit international.

(115) CJCE, Ord., 3 octobre 2008, Savia e. a., Rec., I-136 : « point 9 : Il s'avère que le cas des requérantes au principal et la réglementation italienne applicable à leur litige portent sur des situations qui ne relèvent pas, en tant que telles, du champ d'application du droit communautaire ; point 10 : Par conséquent, il y a lieu de constater, sur le fondement de l'article 92, paragraphe 1, du règlement de procédure, que la Cour est manifestement incompétente pour répondre aux questions posées par le Tribunale ordinario di Milano ».

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35

incluent, on le sait, les juges constitutionnels dont les décisions sont régulièrement passées au crible du contrôle européen. Or, voilà que le juge italien ici entend passer au crible les décisions de la Cour européenne pour évaluer leur conformité à la Constitution... Quand la résistance judiciaire tourne à la schizophrénie.

Laurence BURGORGUE-LARSEN
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris I)

RDP610CH12 IMPRIMERIE FRANCE QUERCY - Mercues - 07-12-10 14:43:35