



**HAL**  
open science

## Chronique de jurisprudence européenne comparée (2011)

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. Chronique de jurisprudence européenne comparée (2011). Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2012, CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE, 2012 (6), pp.1723-1763. hal-01578651

**HAL Id: hal-01578651**

**<https://hal.science/hal-01578651>**

Submitted on 29 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 (2011)

par Laurence BURGORGUE-LARSEN

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I),  
Directeur adjoint de l'Institut de Recherche  
en droit international et européen de la Sorbonne*

### SOMMAIRE

- I. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES HORIZONTALES
  - A. — *La Cour de Luxembourg, interprète de la Convention européenne*
    - 1. *La Charte, encore et toujours efficace*
    - 2. *La Convention « interprétée », toujours influente*
  - B. — *La Cour de Strasbourg, juge de la conventionnalité du système de l'Union*
    - 1. *La Cour de Strasbourg, juge du droit de l'Union*
    - 2. *La Cour de Strasbourg, juge des manquements au droit de l'Union*
    - 3. *La Cour de Strasbourg, interprète du droit de l'Union*
- II. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES VERTICALES
  - A. — *La Cour de Strasbourg, juge des Cours constitutionnelles*
    - 1. *Le contrôle des décisions constitutionnelles*
    - 2. *Le contrôle de l'argumentaire constitutionnel*
  - B. — *Les Cours constitutionnelles, juges de la constitutionnalité des systèmes transnationaux*
    - 1. *Les Cours constitutionnelles et la primauté du droit de l'Union*
    - 2. *Les Cours constitutionnelles et le renvoi préjudiciel (article 267 TFUE)*

REVUE DU DROIT PUBLIC - N° 6-2012

Les crises étreignent l'Europe. Au fléau de la récession économique qui délite les liens entre les gouvernements et les peuples européens, les récessions démocratiques surgissent, lourdes de dangers pour l'équilibre politique du continent. Ainsi de la Hongrie et de la Roumanie qui traversent des moments politiques particulièrement « délicats ». Le premier a adopté une nouvelle Constitution paradoxale (1), altéré les pouvoirs de la Cour constitutionnelle, muselé les médias et mis en place une politique d'ostracisme à l'égard des Roms, tandis que le second s'est attaqué à l'office de la Cour constitutionnelle. Ces événements ont alerté tant la Commission de Venise — rattachée au Conseil de l'Europe — que la Commission et le Parlement européen qui ont, pour l'instant, joué la carte de la diplomatie. L'heure des sanctions politiques sonnera-t-elle un jour alors que les préoccupations immédiates sont au sauvetage de l'Europe économique (2) ? Dans ce climat délétère, il y a des Tribunaux constitutionnels qui — bien que sous le coup de mesures agressives de la part de leur propre système — tiennent bons. La Cour constitutionnelle hongroise en constitue un exemple emblématique, elle qui déclara inconstitutionnels, le 19 décembre 2011 (3), certains articles de la loi sur les médias (4). Le juge, les juges — souvent décriés comme n'incarnant pas le « lieu démocratique » — participent en réalité de « l'équilibre démocratique ». Dans ce contexte, le décryptage du dialogue des juges s'avère toujours aussi capital.

#### I. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES HORIZONTALES

Le contentieux démontre plus que jamais que les rapports, les liaisons, bref, les interactions entre les deux Cours européennes sont particulièrement

---

(1) La nouvelle Constitution hongroise, adoptée le 18 avril 2011 par l'Assemblée nationale et signée par le Président de la République le 25 avril 2011, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Cette nouvelle constitution a donné lieu à de vifs échanges de vues sur le plan national ainsi qu'international (voir les avis CDL(2011) 016 et CDL (2011) 001 de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (la Commission de Venise), la résolution n° 12490 déposée le 25 janvier à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, les déclarations du Conseil et de la Commission ainsi que la résolution du Parlement européen du 5 juillet 2011. Le texte est particulièrement ambivalent, assumant tout à la fois son intégration au sein de l'Union — en y reproduisant par exemple les droits fondamentaux tel que consacrés par la Charte des droits fondamentaux — tout en magnifiant certains aspects nationalistes... Voir l'Editorial comment de L. Azoulay, « Hungary's new constitutional order and « European Unity », CMLR, 2012, 49, pp. 871-883.

(2) Le transformisme constitutionnel fut la conséquence de cette crise, certains pays intégrant rapidement la fameuse règle d'or dans leur Constitution. La réforme de la Constitution espagnole du 27 septembre 2011 (BOE, n° 233) le démontre (v. *infra*).

(3) Cour constitutionnelle hongroise, 19 décembre 2011, n° 165/2011 (XII. 20.).

(4) En 2010, le Parlement hongrois avait entamé une refonte du cadre législatif des médias. Dans le cadre de cette réforme, il avait adopté deux lois en 2010 : une loi

vivaces et effectifs. Bien que l'adhésion soit encore un horizon bien lointain, le destin des systèmes européens sont irrémédiablement liés.

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

On connaît la problématique de la concurrence entre la Convention européenne et la Charte des droits fondamentaux dans l'interprétation des droits protégés dans l'ordre juridique de l'Union européenne (5). Les subtilités argumentaires liées au « pluralisme référentiel » sont au cœur des évolutions jurisprudentielles ces dernières années ; 2011 ne déroge évidemment pas à la règle.

Toutefois, avant d'atteindre le niveau du « procès européen », le phénomène se manifeste au préalable en toute logique dans le cadre des procédures judiciaires nationales. Les requérants ont en effet prité le pli d'invoquer la Charte devant les juges nationaux et ce, quels que soient leur office (6). Les arrêts de la Cour de cassation grecque (9 juin 2011) (7) et de la Cour constitutionnelle belge (22 décembre 2011) (8), en témoignent magistralement : invoquée par les requérants, elle est intégrée par ces deux juges dans la *ratio decidendi* de leurs décisions. À l'échelle du contentieux de l'Union, la Charte s'impose toujours un peu plus en campant au cœur des arguments des avocats généraux, des juges de renvoi, des parties à l'instance comme des parties intervenantes. Dans ce contexte, la présence et l'influence de la

---

relative à la liberté d'expression et aux dispositions essentielles en matière de contenu des médias et une loi relative aux services des médias et aux médias de masse.

(5) « Chronique de jurisprudence européenne comparée », RDP 2006, p. 1100 et s. ; 2007, p. 1536 et s. ; 2008, p. 1246 et s. ; 2009, p. 1809 et s. ; 2010, pp. 1022 et s.

(6) Ils le font parfois de façon encore très maladroite... notamment en ne réalisant pas l'importance de la question du champ d'application tel que mentionné à l'article 51 de la Charte. Pour un exemple où les dispositions attaquées ne « mettaient pas en œuvre le droit de l'Union », v. CE, 24 février 2011, Union nationale des footballeurs professionnels et autres, n° 40122.

(7) Cour de Cassation grecque, Ass. Plénière, n° 1/2011 (Peiraïki Nomologia 2011, p. 205). Cette affaire affirme avec solennité que toutes les éventuelles dérogations à la force jugée des décisions de justice pénale émanant des juridictions des États membres ne peuvent être introduites que par la loi et doivent respecter le principe de proportionnalité, conformément à l'article 52 § 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(8) Cour constitutionnelle belge, 22 décembre 2011, n° 197/2011. Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la compatibilité de la loi sur la protection de la concurrence économique avec les principes d'égalité et de non-discrimination énoncés aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi qu'avec le droit à une protection juridictionnelle effective et le droit à un procès équitable, prévus aux articles 47 de la Charte et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Convention « telle qu'interprétée » par la Cour de Strasbourg aurait pu s'en trouver affectée ; ce n'est pas le cas, notamment parce que les liens entre ces deux textes sont référencés *expressis verbis* à l'article 53 de la Charte.

### 1. *La Charte, encore et toujours efficace*

Après l'affaire *Volker* du 9 novembre 2010 (9) qui emporta une invalidité partielle du droit dérivé, c'est l'arrêt *ASBL* qui fut à l'honneur le 1<sup>er</sup> mars 2011 (10) pour avoir censuré une disposition d'une « des trois importantes directives « anti-discrimination » (11). Il s'agit du premier arrêt préjudiciel concernant la directive 2004/113 du 11 décembre 2004 qui met en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (12). Il ne passe évidemment pas inaperçu. L'affaire, jugée en grande chambre après que six États membres aient jugé utile de présenter leurs observations, est importante. En effet, le juge de l'Union n'interprète pas la directive 2004/113, il censure un de ses articles, le problématique article 5 § 2. En ce sens, cet arrêt se distingue du corpus contentieux engendré jusqu'à présent par les deux autres directives, exclusivement axé sur la seule interprétation de leurs dispositions (13).

L'arrêt *ASBL* intervient suite au renvoi activé le 18 juin 2009 par la Cour constitutionnelle belge qui interrogeait le juge de l'Union sur la conformité de l'article 5 § 2 de la directive à l'ancien article 6 § 2 TUE qui a codifié la construction prétorienne de la Cour de Luxembourg déployée dès la fin des

---

(9) CJUE, Gde Ch., 9 novembre 2010, *Volker und Markus Scheke c/ Land de Hesse*, aff. C-92/09 et 93/09. v. cette revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2011-4 p. 1025 et s.

(10) CJUE, Gde Ch., 1<sup>er</sup> mars 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL* — C-236/09. Cls. Mme J. Kokott, du 30 septembre 2010. Pour des analyses incisives sur cet arrêt, on renvoie à G. Calvès, « La discrimination statistique devant la Cour de justice de l'Union européenne : première condamnation », *Revue de droit sanitaire et social*, 2011, pp. 645-658 ou encore à E. Dubout, « En matière d'assurance, la femme est un homme comme les autres. Première invalidation d'une disposition d'une directive relative à la lutte contre les discriminations », *RAE*, 2011, pp. 211-221.

(11) On sait que la « clause de lutte contre les discriminations » (article 19 TFUE, ex-article 13 TCE) permet au Conseil de l'Union d'adopter à l'unanimité les « mesures nécessaires » pour combattre les discriminations sur la base de motifs tout à la fois classiques (sexe, race ou origine ethnique, religions ou convictions) et novateurs (handicap, âge ou orientation sexuelle).

(12) JO L 373/37, 21 décembre 2004.

(13) Pour un point de vue d'ensemble sur le contentieux « anti-discrimination » v. A. Eriksson, « European Court of Justice: Broadening the scope of European non-discrimination law », *ICON*, vol.7, n° 4, October 2009, pp. 731-753.

années 1960 en matière de droits fondamentaux (14). Il est piquant de constater à quel point la Cour se désengage des contours de l'ancien article 6 § 2 TUE. Le traité de Lisbonne n'étant pas en vigueur au moment de la saisine, il était logique que l'ancien article 6 § 2 TUE soit à la base argumentaire du renvoi préjudiciel (15). La Cour de justice aurait pu opter pour une approche stricte de sa compétence *ratione temporis*, en rappelant qu'au moment de sa saisine, la Charte n'était pas encore en vigueur... Elle ne s'est guère embarrassée de cet élément technique ; à la fin du rappel de la teneur de l'ancien article 6 § 2 TUE, la Cour assène simplement « ces droits fondamentaux sont incorporés dans la Charte qui, à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2009, a la même valeur juridique que les traités. » Elle pouvait ensuite axer son argumentaire sur les seuls articles 21 et 23 de la Charte et déployer une interprétation téléologique de la directive 2004/113. Le tour était joué : la Charte était érigée comme l'instrument de référence du contrôle de légalité et la Convention européenne — notamment son article 1 du protocole 12 — brillèrent par leur absence... Elle pouvait alors s'atteler à l'analyse au fond. La disposition contestée permettait aux États d'autoriser des différences proportionnelles dans le calcul de primes et de prestations pour les assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques. Le sujet, explosif, avait donné l'occasion à Juliane Kokott de considérer cette disposition comme invalide. Elle contesta avec force les arguments des parties intervenantes qui tentèrent coûte que coûte de minimiser tant la portée du principe d'égalité de traitement comme ses effets dans l'ordre juridique de l'Union. Elle valorisa à l'inverse sa « position prédominante dans tous les domaines de l'Union » ce qui en fait, tout à la fois, « un droit fondamental et un principe constitutionnel de l'Union européenne » (point 38 des conclusions). Partant, quand bien même l'avocat général reconnaît classiquement que le Conseil dispose d'un « large pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'exercice de ses compétences » (point 47 des conclusions) en pouvant être sensible, comme en l'espèce, aux spécificités d'un secteur économique comme celui des assurances, elle n'en rappela pas moins que ce pouvoir d'appréciation n'était pas illimité. Et d'affirmer qu'« il ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre d'un principe fondamental de droit communautaire. Font notamment partie des

---

(14) Il se lisait ainsi : « L'Union respect les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. » Il correspond grosso modo à l'article 6 § 3 du TUE tel que révisé à Lisbonne qui se lit ainsi : « Les droits fondamentaux, tels qu'il sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. ».

(15) Le point 16 de l'arrêt le rappelle fort à propos en mentionnant que cette disposition « disposait... ».

principes fondamentaux du droit de l'Union, et ce ne sont pas les moindres, les interdictions particulières de discrimination énumérées à l'article 21, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux » (point 48 des conclusions). On ne pouvait être plus clair. Cette prééminence accordée au principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes est reprise à son compte par la Cour qui égrène les diverses dispositions des traités qui le consacrent. Ainsi, des articles 21 (non-discrimination) et 23 (égalité entre femmes et hommes) de la Charte, de l'article 157 § 1 TFUE qui consacre l'égalité dans le domaine spécifique de la rémunération (16) et enfin la clause d'habilitation normative de l'article 19 TFUE qui permet au Conseil d'agir et ce, conformément aux objectifs inscrits aux articles 3 § 3, al. 2 (17) TUE et 8 du TFUE (18) (points 16 à 19 de l'arrêt). Le raisonnement de la Grande chambre s'inscrit ici sans ambages dans le sillon dessiné par l'avocat général.

Une fois ceci posé, elle arriva à la conclusion de l'invalidité de l'article 5 § 2 de la directive en déroulant toutefois une analyse différente de celle avancée par Mme Kokott. Cette dernière s'était plu à marteler qu'il est par principe « incongru de définir les risques d'assurance en fonction d'un sexe d'une personne » (point 50 des conclusions), en mettant sur le même pied le non-sens qu'il y aurait à faire de même au regard de motifs tenant à la race ou à l'origine ethnique (point 49 des conclusions). Elle s'évertua ensuite à examiner s'il était logique, rationnel et au bout du compte licite de raisonner en termes statistiques pour évaluer des risques d'assurance distincts entre les hommes et les femmes. La problématique était importante car la Cour n'avait jamais vraiment pris position sur la question de savoir si ces différences — qui ne peuvent être rattachées au sexe de l'assuré que d'un point de vue statistique — peuvent — voire doivent — entraîner, lors de la conception de produits d'assurance, une inégalité de traitement entre les assurés de sexe masculin et ceux de sexe féminin. Rappelant que sur le terrain des discriminations directes, une inégalité de traitement n'est licite que « lorsqu'il peut être constaté avec certitude qu'il existe entre les hommes et les femmes des différences pertinentes rendant une telle inégalité de traitement nécessaire » (point 60), elle estima que celles-ci faisaient justement défaut en l'espèce. Tout démontre à l'inverse qu'une kyrielle d'autres facteurs jouent un rôle important dans l'appréciation des risques d'assurance (activités professionnelles de haut niveau stressantes, modes de consommation, type de sports pratiqués etc..) ; ces derniers ne peuvent comme tel être rattachés à l'appartenance

---

(16) Il se lit ainsi : « Chaque État membre assure l'application du principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail ou pour un travail de même valeur. ».

(17) Il se lit ainsi : « [L'Union] combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant. ».

(18) Il se lit ainsi : « Pour ses actions, l'Union cherche à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes. ».

à l'un ou l'autre sexe (point 63 des conclusions). Autrement dit, l'avocat général estime qu'« invoquer le sexe d'une personne comme critère de remplacement, en quelque sorte, pour d'autres facteurs de différenciation est incompatible avec le principe de l'égalité de traitement des hommes et des femmes. » (point 67 des conclusions, souligné dans le texte).

La Cour ne se place pas sur ce terrain de la pertinence de l'outil statistique en matière de discrimination directe. Elle mobilise une interprétation téléologique de la directive 2004/1133 après avoir rappelé les fondamentaux de sa jurisprudence en matière d'égalité : les situations comparables ne doivent pas être traitées différemment, tandis que les situations différentes ne doivent pas être traitées de façon égale (point 28 de l'arrêt). Elle affirme alors que la directive 2004/113 est fondée sur « la prémisse selon laquelle, aux fins de l'application du principe d'égalité de traitement des femmes et des hommes consacré aux articles 21 et 23 de la charte, les situations respectives des femmes et des hommes à l'égard des primes et des prestations d'assurances contractées par eux sont comparables. » Du coup, la dérogation à l'égalité de traitement inscrite à l'article 5 § 2 de la directive, pour ne pas avoir été limitée dans le temps par le législateur (qui peut par ailleurs parfaitement mettre en place des régimes dérogatoires à titre transitoire), engendre un risque qu'elle « soit indéfiniment permise par le droit de l'Union » (point 31 de l'arrêt). C'est le point 32 qui assène le constat d'invalidité en affirmant qu'une disposition comme l'article 5 § 2 « est contraire à la réalisation de l'objectif de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes que poursuit la directive 2004/114 et incompatible avec les articles 21 et 23 de la Charte. »

Suivant les recommandations de l'avocat général qui avait elle-même était sensible aux arguments avancés par le gouvernement britannique en termes de sécurité juridique (point 77 des conclusions), la Cour déroge au principe de l'effet rétroactif des arrêts préjudiciels en appréciation de validité (*ex tunc*). Disposant d'un pouvoir discrétionnaire en la matière, elle est en effet à même de déterminer les effets de l'acte litigieux invalidé. Toutefois, alors que l'avocat général différait généreusement les effets de l'invalidité pendant trois ans (afin que les États membres aient le temps de revoir leur législation nationale et pour permettre aux compagnies d'assurance de modifier leurs prestations), la Cour a été plus sévère en fixant le 21 décembre 2012 comme *deadline* (point 34 de l'arrêt). Jusqu'à cette date, les contrats discriminatoires en faveur des femmes seront valides ; pas au-delà. En attendant bien sûr, les contentieux introduits au sein des États qui visaient à contester une telle discrimination ne seront pas touchés par l'effet différé dans le temps de l'invalidité. Que les femmes se le disent, leur égalité avec les hommes induit (évidemment) que tous les traitements de faveur qui leur étaient accordés disparaissent lentement mais sûrement ! Une nouvelle donne dont on verra qu'elle a été pris en compte à la lettre par la Cour constitutionnelle (*v. infra*, les conséquences des saisines des Cours constitutionnelles).

## 2. La Convention « interprétée », toujours influente

S'il fallait retenir un seul arrêt en 2011 qui démontre tout à la fois la prégnance de la Charte dans le contentieux de l'Union, mais également le caractère incontournable de la Convention européenne telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, ce serait à n'en pas douter l'arrêt *N.S et M.E et autres* (19). Il a mobilisé l'intervention à l'instance de dix gouvernements nationaux (20), de la Commission européenne comme de plusieurs ONG (21) et organes spécialisés en matière de droits de l'homme et de droit international humanitaire (22). Ce sont deux affaires globalement similaires qui ont été jointes par la grande chambre de la Cour de Luxembourg afin de répondre à plusieurs questions préjudicielles posées les unes par la Court of Appeal du Royaume-Uni, les autres par la High Court d'Irlande. Le « système européen commun de l'asile » est au centre des interrogations de ces juges (23). Ils le confrontent aux dispositions de la Charte des droits fondamentaux et ils s'interrogent : ce système est-il conforme à ses dispositions, notamment ses articles 1 (dignité humaine), 4 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants), 18 (droit d'asile), 19 § 2 (Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition) et 47 (droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial) ? On sait que ce « système » de l'asile repose sur une variété impressionnante de textes — notamment l'important règlement n° 343/2003 (24) — dont la philosophie est celle de la reconnaissance mutuelle. Partant du principe que tous les États membres de l'Union accordent aux étrangers de trouvant sur leur territoire une protection des droits équivalente, le premier pays sur le territoire duquel arrive un demandeur d'asile se transforme en « l'État membre responsable » de l'examen de ladite demande. Dans leur grande sagesse, les auteurs du règlement de 2003 avaient toutefois prévu une dérogation mentionnée à l'article 3 § 2 en vertu de laquelle « chaque État membre peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée

(19) CJUE, Gde Ch., 21 décembre 2011, *N.S et M.E et autres* (C-411/10 et 493/10).

(20) Ainsi de l'Allemagne, de l'Autriche, de la France, de la Finlande, de la Grèce, de l'Italie, des Pays-Bas, de la Pologne, de la Slovénie et de la... Suisse.

(21) Amnesty International et le AIRE Centre.

(22) Organes tout à la fois nationaux (comme la britannique Equality and Human Rights Commission) et internationaux (ainsi du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés).

(23) L'affaire révélait le drame vécus par plusieurs migrants (sans lien entre eux) en provenance d'Afghanistan, d'Iran et d'Algérie qui avaient tous transité par le territoire grec avant de venir soit au Royaume-Uni, soit en Irlande et d'y présenter des demandes d'asile.

(24) La Convention internationale connue sous le nom de « Convention de Dublin » fut « communautarisée » grâce à l'article 63 CE du traité d'Amsterdam ; elle devint ce faisant le règlement n° 3443/2003 sur la base duquel plusieurs directives ont été adoptées en 2003, 2004, 2005.

par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le présent règlement.» Ainsi, quand les requérants au principal dans l'affaire *N.S et M.E* se voient frappés d'une procédure de renvoi vers la Grèce — qui est le premier pays par lequel ils sont arrivés en Europe et qui de ce fait arbore le statut d'« État membre responsable » — la question revient pour les juges nationaux à se demander si le Royaume-Uni et l'Irlande — en refusant d'activer la dérogation de l'article 3 § 2 — n'enfreignent pas plusieurs droits garantis par la Charte. La réponse de la Cour de justice in casu est très claire : « dans l'hypothèse où il y aurait lieu de craindre sérieusement qu'il existe des défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'État membre responsable, impliquant un traitement inhumain et dégradant, au sens de l'article 4 de la charte, des demandeurs d'asile transférés vers le territoire de cet État membre, ce transfert serait incompatible avec ladite disposition » (25) (point 86). Partant, la Cour impose aux États d'activer la dérogation de l'article 3 § 2 et d'examiner « eux-mêmes » la demande d'asile quand il existe des risques sérieux et avérés de faire subir à des demandeurs d'asile des traitements inhumains et dégradants en les renvoyant vers l'État responsable au principal (voir points 106, 107, 108). A ce stade de l'analyse, où se tapit la jurisprudence de la Cour européenne pourrait-on, à juste titre, se demander ? En réalité, elle fut l'aiguillon de cette attitude ferme et courageuse de la Cour de Luxembourg qui ne pouvait ignorer le retentissant arrêt *M.S.S c/ Belgique et Grèce* (26) (v. *infra*, la Cour de Strasbourg, juge du droit de l'Union). Omniprésent dans les très riches conclusions de l'avocat général Trstenjak, il le fut également dans l'arrêt de la Cour de Luxembourg puisqu'elle y fit référence *expressis verbis* (points 88, 89). Contrairement à certains juges qui sont aujourd'hui en minorité à travers le monde (27) — la Cour de Luxembourg n'hésite pas, directement et clairement, à porter au grand jour l'importance de référents exogènes à son système juridique pour faire *in fine* avancer la protection des droits.

---

(25) Pour arriver à ce constat, elle a dû au préalable considérer que des États qui dérogeaient au principe de reconnaissance mutuelle — dérogation expressément envisagée par l'article 3 § 2 du règlement n° 343/2003 — agissaient dans le champ d'application du droit de l'Union (article 51 § 1 de la Charte). Ce point était capital : il était soutenu par la Commission européenne et les gouvernements français, néerlandais, autrichien et finlandais. On notera au passage que les gouvernements irlandais, britannique, belge et italien s'opposaient à une telle analyse. (voir les points 61 et 62 de l'arrêt).

(26) CEDH, Gde Ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*.

(27) Dans des contextes il est vrai très différents, on citera le Conseil constitutionnel français — qui continue de se draper avec orgueil et préjugé dans la seule référence qui vaille selon lui, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, alors qu'il s'inspire de façon manifeste du standard européen pour faire évoluer l'interprétation du bloc de constitutionnalité — et la Cour suprême des États-Unis, qui reste toujours réfractaire par nature à l'utilisation du droit comparé.

Cette affaire *N.S et M.E* confirme l'installation, mieux, la banalisation dans le paysage contentieux national et européen de la Charte des droits fondamentaux : elle est incontestablement devenue le texte de référence dans le champ de l'Union, celui autour duquel s'articulent les arguments des parties à l'instance comme ceux du juge. Elle démontre également que les liens avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne peuvent évidemment pas se déliter et disparaître. Les deux systèmes comme les deux Cours sont « condamnées » pour le meilleur et pour le pire à vivre ensemble et faire en sorte que la protection des droits sur le continent européen soit marquée du sceau de l'harmonie avec, en prime, le maintien d'un standard élevé de protection.

B. — *La Cour de Strasbourg, juge de la conventionnalité du système de l'Union*

Dès le premier numéro de cette chronique (28), on avait révélé les manifestations d'une révolution silencieuse mais néanmoins bien réelle : celle du contrôle conventionnel tous azimuts sur le système juridique de l'Union européenne. Depuis bien longtemps en effet tout se passe comme si l'adhésion de l'Union à la Convention était actée, à tout le moins sous l'angle matériel (29). Quand le droit de l'Union est défaillant ou susceptible de l'être, la Cour de Strasbourg ne manque pas de déployer des trésors d'inventivité juridique pour mettre sous pression l'Union en rappelant qu'*in fine* elle est « juge » de son droit. Si le contrôle indirect du droit dérivé est une réalité incontestée (notamment à travers le contrôle des mesures nationales d'exécution), le couperet conventionnel est également toujours « potentiel » quand le droit de l'Union se trouve directement en cause. Bien que ce que nous pourrions appeler la « diplomatie systémique » ait jusqu'à présent engendré une retenue judiciaire toute stratégique — la théorie de l'équivalence des protections mise en place par la jurisprudence *Bosphorus* ayant en effet pour objet d'éviter que la coexistence (systémique) ne se transforme en chaos (protecteur) — il n'empêche, l'étau se resserre comme s'il ne fallait pas que la technique de l'équivalence soit la porte ouverte à une diminution du standard européen de protection. L'emblématique arrêt *M.S.S* en témoigne (1).

Dans le même temps, il n'en reste pas moins que la Cour de Strasbourg est aussi l'allié objectif du système de l'Union : quand les juridictions nationales font peu de cas des exigences de la primauté du droit de l'Union ou

(28) Cette revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2000-4, pp. 1081-1151.

(29) On ne mentionnera pas ici le processus des négociations ayant pour objet de mettre un point final à un vieux serpent de mer : l'adhésion de l'Union à la Convention. Il ne concerne pas, comme tel, le dialogue des juges. On se contentera de signaler que les négociations ont abouti à l'adoption d'un projet de rapport le 14 octobre 2011 « portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme ».

quand elles s'émancipent un peu trop aisément de l'obligation de renvoi préjudiciel (article 267 TFUE), la Cour de Strasbourg est là, qui veille, transformant — à la charge des juges nationaux — les obligations de l'Union en obligations conventionnelles (2). De même, elle se fait toujours l'interprète du droit de l'Union mais également, fait plus original, de ses procédures (3). On l'aura compris, les liens entre les deux Cours — et partant entre les deux systèmes juridiques européens — sont toujours importants et primordiaux, même s'ils sont révélateurs d'une extraordinaire complexité systémique.

### 1. *La Cour de Strasbourg, juge du droit de l'Union*

Les États membres de l'Union sont aujourd'hui dans l'impossibilité manifeste de maintenir un standard élevé et homogène de protection des droits fondamentaux sur leur territoire dès qu'il est question d'accueil des migrants. Il ne se passe pas un jour sans que des faits divers plus terribles les uns que les autres dévoilent le drame des déracinés, forcés de quitter leur terres pour survivre économiquement et/ou pour fuir des exactions et des conflits armés de tous types. Les migrations forcées est une des grandes tragédies de ce XXI<sup>e</sup> siècle (30). Cette réalité sombre et désespérante fut mise en lumière par le retentissant arrêt *M.S.S. c/ Belgique et Grèce* (31) où la Grande Chambre de la Cour européenne statua sur la requête d'un ressortissant afghan entré sur le territoire de l'Union par la Grèce avant de parvenir en Belgique. Les constats de violation dressés par la Cour dans cette affaire à l'encontre de deux États membres de l'Union appliquant la réglementation « Dublin II » furent un camouflet sans précédent à l'encontre de ces deux pays dans la mesure où l'article 3 et l'article 13 combinés avec les articles 2 et 3 de la Convention ont été déclarés enfreints. En arrière-plan, c'est tout le système commun européen de l'asile et le principe de la reconnaissance mutuelle qui fut mis en cause.

La condamnation de la Grèce fut sans doute la plus outrageante du point de vue matériel. Les faits de l'affaire permirent de lever le voile sur les conditions déplorables de détention des étrangers, plus particulièrement des demandeurs d'asile, sur son sol. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe avait eu l'occasion de dénoncer à plusieurs reprises une telle situation et ne se priva pas, *in casu*, d'activer la nouvelle procédure de l'article 36 § 3 de la Convention (détaillée par l'article 44 § 2 du règlement intérieur) qui lui permet de se porter partie intervenante à l'instance, pour le rappeler. En attendant une refonte de législation de l'Union européenne sur ces questions et une prise de conscience sérieuse des autorités nationales afin

(30) A. A. Cançado Trindade, « Le déracinement et la protection des migrants dans le droit international des droits de l'homme », RTDH, 2008, n° 74, p. 289 et ss.

(31) CEDH, Gde Ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*.

d'améliorer l'accueil des migrants, la situation sur le terrain continue de dévoiler des cas de figure assez dramatiques pour les demandeurs d'asile, d'autant plus fragilisés quand il s'agit de « mineurs non accompagnés » pour reprendre une terminologie prompte à adoucir ce qui ne l'est pas (32).

Quant à la condamnation de la Belgique pour violation de l'article 3 de la Convention sous l'angle processuel, elle donna l'occasion à la Cour de confirmer la prégnance de la jurisprudence *Bosphorus*, même si *in fine* elle décida d'en exclure l'application aux faits de l'espèce. En mettant en œuvre la réglementation « Dublin II » — *i.e.*, en renvoyant un ressortissant afghan vers la Grèce afin qu'y soit examiné sa demande d'asile puisqu'il fut le premier pays qui lui permit d'entrer sur le territoire de l'Union européenne — la Belgique a-t-elle enfreint ses obligations conventionnelles au titre de l'article 3 ? Si la Cour avait estimé que la Belgique, agissant de la sorte, avait une « compétence liée » dans l'application du droit de l'Union, cela l'aurait conduit à déplacer la question de l'imputabilité de la Belgique vers l'Union *per se* ; autrement dit, cela l'aurait conduit à examiner directement la conformité de la législation de l'Union aux obligations conventionnelles. Elle aurait alors mis en place le « test Bosphorus » : elle aurait rappelé le principe de l'équivalence des protections, sauf à démontrer l'existence d'une « insuffisance manifeste » de la dite protection... On pressent évidemment la charge politique qui aurait résulté d'une telle démarche. La Cour aurait-elle pu se réfugier sur le principe, transformé sans doute en dogme, de l'équivalence protectrice — alors que la doctrine, les États et les propres institutions de l'Union connaissent, dénoncent et tentent de réformer le mécanisme commun européen de l'asile (33) ? Poser la question, c'est sans doute y répondre. Quoi qu'il en soit, un tel scénario ne fut pas choisi par la Cour. Habilement, elle réussit à imputer à la Belgique le refoulement du ressortissant afghan vers la Grèce en considérant qu'elle n'avait point de compétence liée. L'article 3 § 2 du règlement n° 343/2003 accordant aux États membres une marge de manœuvre bienvenue qui leur permettent d'activer une « dérogation » (*v. supra*, la Convention interprétée, toujours présente). L'habilitation dérogatoire permettait à la Belgique d'examiner la demande du ressortissant afghan, mais ne lui imposait pas de le faire (auquel cas, le principe de reconnaissance mutuelle serait vidé de son sens). Pourtant, c'est bien parce que la Belgique ne l'activa point qu'elle fut condamnée. Les mauvaises conditions de détention des demandeurs d'asile en Grèce étant connues de tous... (§ 358). On connaît les ramifications contentieuses de cette affaire : la Cour de justice de l'Union prenait

(32) CEDH, 5 avril 2011, *Rahimi c/ Grèce*, req. n° 8687/08, § 93 où l'État grec était notamment condamné au titre de ses manquements aux obligations positives pour ne pas avoir fait le nécessaire afin d'assister au mieux un jeune demandeur d'asile afghan.

(33) Pour un éclairage saisissant sur ces questions, on renvoie à A.-S. Millet-Devalle (dir), *L'Union européenne et la protection des migrants et réfugiés*, Paris, Pedone, 2010, 290 p.

acte, sans sourciller, de ce standard posé par la Cour européenne dans l'arrêt *N.S et M.E.* (v. *supra*). Au final, le dialogue (horizontal) entre les deux Cours européennes fonctionne à merveille : non seulement le niveau de la garantie des droits n'est pas entamé, mais encore l'absence d'adhésion de l'UE à la Cour européenne est au final dépassée.

## 2. La Cour de Strasbourg, juge des manquements au droit de l'Union

C'est en 1993 que la Commission européenne des droits de l'homme — dans les affaires *Divagsa* et *Fritz et Nana* (34) — reconnaissait la compétence des organes de Strasbourg pour examiner les refus de renvois préjudiciels à la Cour de Luxembourg. À sa suite, la Cour dite « unique » raisonna toujours en deux temps : d'un côté, elle rappela que la jurisprudence de la Cour de Luxembourg sur l'obligation de renvoi n'était pas absolue, pour ensuite affirmer d'un autre côté que le refus de poser une question préjudicielle pouvait toutefois « *dans certaines circonstances, porter atteinte à l'équité de la procédure, en particulier lorsqu'un tel refus apparaît entaché d'arbitraire* ». L'affaire jugée le 20 septembre 2011 (35) ne déroge pas à ce classicisme argumentaire. Confrontée au refus de la Cour de cassation et du Conseil d'État belges de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, malgré les demandes insistantes des requérants en ce sens (36), la Cour de Strasbourg rappela que

---

(34) Le 12 mai 1993, la Commission européenne des droits de l'homme dans sa décision *Société Divagsa c/ Espagne* (DR 74, pp. 274-277) reconnaissait la compétence des organes de Strasbourg pour examiner la requête d'une société qui se plaignait de ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable (article 6 § 1) en raison du refus des tribunaux ordinaires espagnols puis de la Haute juridiction constitutionnelle, de ne pas saisir la Cour de justice des Communautés d'une question préjudicielle. La Commission rappelait tout d'abord que « selon la jurisprudence de la Cour de Justice, l'obligation de renvoi n'est pas absolue lorsqu'il ne subsiste aucun doute quant à la réponse à fournir. Il s'agit de la théorie de l'acte clair ». Bien qu'implicite, la référence à l'arrêt de la CJCE du 6 octobre 1982, *CILFIT* (283/82, Rec. 3415) n'en était pas moins évidente. Elle continuait par observer qu'on ne pouvait déduire des dispositions conventionnelles un droit absolu à ce qu'une affaire soit renvoyée à titre préjudiciel devant la Cour de Luxembourg. Elle ajoutait aussitôt cependant : « *Cela étant, il n'est pas exclu d'emblée que, dans certaines circonstances, le refus opposé par une juridiction nationale appelée à se prononcer en dernière instance, puisse porter atteinte au principe de l'équité de la procédure, tel qu'énoncé à l'article 6 § 1, en particulier lorsqu'un tel refus apparaît comme entaché d'arbitraire* ». Le 'la' était donné. Elle réitérait sa position dans l'affaire *Fritz et Nana c/ France* dans une décision du 28 juin 1993 (DR 75, p. 39) à propos du refus de la Cour de cassation française de saisir la CJCE.

(35) CEDH, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek c/ Belgique*.

(36) Ils soutenaient, en effet, que la loi belge en vertu de laquelle ils avaient été condamnés pénalement était contraire au principe de la liberté d'établissement, argument que les juridictions belges avaient rejeté.

la Convention ne garantissait pas, comme tel, un droit à ce qu'une affaire soit renvoyée à titre préjudiciel par le juge interne devant une autre juridiction. La Cour a toutefois précisé que l'article 6 § 1 impose néanmoins aux juridictions de motiver les décisions par lesquelles elles refusent de poser une question préjudicielle, d'autant plus lorsque le droit applicable n'admet un tel refus qu'à titre d'exception. Dans le cadre spécifique du troisième alinéa de l'article 267 TFUE, cela signifie, selon la Cour de Strasbourg, que les juridictions nationales dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours juridictionnel de droit interne, qui refusent de saisir la Cour de justice, sont tenues de motiver leur attitude au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de celle-ci. Il leur faut donc, selon l'arrêt *Cilfit* (37), indiquer les raisons pour lesquelles elles considèrent que la question n'est pas pertinente, que la disposition en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation par la Cour de justice ou que l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. *In casu*, la Cour européenne constata que cette obligation de motivation avait bien été remplie par les juridictions belges, de sorte que le droit des requérants à un procès équitable n'avait pas été violé.

### 3. La Cour de Strasbourg, interprète du droit de l'Union

Le droit de l'Union — et notamment la Charte des droits fondamentaux — est régulièrement mobilisé par la Cour de Strasbourg pour mettre en œuvre sa « méthode cosmopolitique » d'interprétation. Toujours activé de façon combinée, cette technique permet à la Cour d'interpréter plus que jamais la Convention comme un « instrument vivant ». On notera qu'aux côtés d'affaires où le rôle de la Charte fut mineur — mentionnée, sans plus, aux côtés de divers autres instruments internationaux —, sa portée ne fut point négligeable dans l'affaire *Bayatyan* (38) qui permit à la Cour, ni plus ni moins, d'intégrer le droit à l'objection de conscience sous la bannière de l'article 9 de la Convention. Elle opérait un important revirement de jurisprudence par rapport à la doctrine de la Commission européenne des droits de l'homme actée, pour la première fois, dans l'affaire *Grandrath c/ République fédérale d'Allemagne* (39). Elle consacrait en effet un paragraphe entier à la question de savoir s'il était pertinent de modifier sa jurisprudence ; dans ce contexte, après avoir présenté l'évolution de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme au regard du PIDCP et avant d'examiner la réglementation au sein du Conseil de l'Europe, elle se pencha sur le contexte de l'Union européenne.

---

(37) CJCE, 29 février 1984, *Cilfit*, 77/83, Rec. 1984 p. 1257.

(38) CEDH, Gde Ch., 7 juillet 2011, *Bayatyan c/ Arménie*.

(39) Requête n° 2299/64, rapport de la Commission du 12 décembre 1966, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, volume X, pp. 626-695.

Et d'affirmer au § 106 : « Pour ce qui est de l'Europe, il convient de mentionner la proclamation en 2000 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, entrée en vigueur en 2009. Alors que l'article 10 de la Charte reprend quasiment mot pour mot en son premier paragraphe le libellé de l'article 9 § 1 de la Convention, son second paragraphe énonce expressément que « [l]e droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice » (paragraphe 57 ci-dessus). Une adjonction aussi claire ne peut être qu'intentionnelle (voir, *mutatis mutandis*, Christine Goodwin, précité, § 100, et Scoppola, précité, § 105) et reflète la reconnaissance unanime du droit à l'objection de conscience par les États membres de l'Union européenne, ainsi que le poids qui est accordé à ce droit dans la société européenne moderne. » (C'est nous qui soulignons).

Au-delà de ce phénomène classique, il s'avère que les procédures existantes au sein de l'Union se trouvent également au cœur de ce processus d'appropriation. Le recours en constatation de manquement fait partie de ces procédures de l'Union dont la Cour de Strasbourg a dégagé les caractéristiques, la nature et la portée. Quand on prend connaissance de l'article 35 § 2 b) de la Convention selon lequel la Cour ne retient aucune requête individuelle lorsqu'elle « elle est déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement » (et dont on sait qu'elle a pour objet d'éviter la pluralité de procédures internationales relatives aux mêmes affaires), on pense spontanément au problème du cumul entre la procédure strasbourgeoise et celle des nombreux « comités conventionnels » mis en place par les traités internationaux adoptés tant sous l'égide du Conseil de l'Europe que sous celui des Nations unies (40). On aura raison tant cette condition de recevabilité a essentiellement été mobilisée dans le cadre de procédures où étaient en jeu de tels mécanismes « quasi-juridictionnels » (41). Le contentieux de la *litis pendens*

(40) Ad ex. le Comité des droits de l'homme créé par le protocole facultatif au Pacte international sur les droits civils et politiques, v. E. Decaux (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Préface de Christine Chanet, Coordinatrice Fanny Martin, Paris, Economica, 2011, 996 p.

(41) CEDH, déc. 17 janvier 1995, *Lukanov c/ Bulgarie*. La jurisprudence démontre que la Cour examine, dans chaque cas spécifique, trois éléments : la nature de l'organe de contrôle, la procédure suivie devant celui-ci et enfin les effets de ses décisions. Au détour de l'analyse du corpus jurisprudentiel, on découvre par exemple que le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) n'est pas assimilable à une « instance internationale ». En effet, il ne s'agit ni d'une « instance judiciaire ou quasi-judiciaire », son rôle n'est que préventif et les informations qu'il recueille ont un caractère confidentiel. Si on ajoute à ces éléments, le fait que les particuliers disposent ni du droit de participer à la procédure, ni du droit d'être informé des recommandations formulées par le CPT (à moins qu'elles ne soient rendues publiques), la solution de la Cour qui n'assimile la procédure devant le CPT ni « sous l'angle procédural ni sous l'angle des effets potentiels » à la requête individuelle de l'article 34 de la Convention, « va de soi » (CEDH,

ne concernait jusqu'à présent que la question du cumul avec des procédures onusiennes ou relevant des mécanismes issus de traités adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe ; en d'autres termes, une procédure contentieuse de l'Union européenne et le mécanisme conventionnel strasbourgeois n'avaient jamais été mis en concurrence procédurale. C'est chose faite désormais avec l'affaire *Karoussiotis* qui permet d'enrichir les solutions dégagées par la Cour (42). L'affaire revenait à se demander si le recours en constatation de manquement activé sur la base d'une plainte déposée par un particulier pouvait s'assimiler « sous l'angle procédural et sous l'angle des effets potentiels » à la requête individuelle de l'article 34 ? Telle était la question que la Cour devait trancher au stade de la recevabilité, le gouvernement portugais ayant soulevé dans cette affaire une exception d'irrecevabilité au regard de l'article 35 § 2b. La cause mettait en scène un « classique » du déchirement des couples de nationalité différentes : une mère allemande considérait que son ancien compagnon (de nationalité portugaise) avait illégalement emmené au Portugal leur enfant. Elle se plaignait devant la Cour européenne d'une violation par les autorités judiciaires portugaises de son droit au respect d'une vie familiale pour avoir refusé d'ordonner le retour en Allemagne de l'enfant. Or, avant de s'adresser à la Cour européenne, Mme Karoussiotis avait eu l'idée de déposer une plainte auprès des bureaux de la Commission européenne afin de l'inciter à activer, à l'endroit du Portugal, un recours en constatation de manquement pour violation du règlement n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. En l'espèce, la requérante se plaignait de la durée excessive de la procédure engagée devant le tribunal aux affaires familiales de Braga en invoquant l'article 11 du règlement. Dans ce contexte contentieux, la Cour de Strasbourg n'eut pas de mal à rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par le gouvernement défendeur. Pour y parvenir, elle se livra à un petit cours de contentieux de l'Union. Elle mit tout d'abord en exergue le pouvoir d'appréciation discrétionnaire dont dispose la Commission européenne dans le cadre de la procédure « pré-contentieuse » (§§ 67-71). On sait en effet qu'elle est maîtresse de la saisine (ou non) de la Cour de justice de l'Union sur la base de l'article 258 TFUE. Dit autrement, sa propre saisine par des personnes physiques ou morales au moyen de

---

17 juillet 2008, *De Pace c/ Italie*, §§ 26-27). Il en va de même pour « procédure 1503 » présentée devant la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des Nations Unies : organe intergouvernemental composé de représentants d'États et dont le rôle consiste à examiner des situations générales mettant en exergue de graves et systématiques violations des droits de l'homme dans un pays, la Cour n'a pas hésité à considérer qu'elle ne constituait pas une « autre instance » même « d'enquête » qui pouvait bloquer une requête individuelle à Strasbourg (CEDH, déc., 5 janvier 2006, *Mikolenko c/ Estonie*).

(42) CEDH, 1<sup>er</sup> février 2011, *Karoussiotis c/ Portugal*.

formulaire types de plaintes n'engendre pas automatiquement la saisine de la Cour de justice à l'issue de la procédure préliminaire d'infraction. Ensuite, la Cour de Strasbourg rappela que dans les cas où la Cour de justice ait effectivement saisie, elle ne rend un arrêt de constatation de manquement qui, d'aucune façon, ne déploie d'effet sur les « droits du plaignant » car il n'a pas pour conséquence de « régler une situation individuelle » (§ 73). Pour toutes ces raisons, la Cour conclut en affirmant qu'il « découle que lorsque la Commission européenne statue, comme en l'espèce, sur une plainte déposée par un simple particulier, elle ne constitue pas une instance internationale d'enquête ou de règlement au sens de l'article 35 § 2 b. de la Convention » (§ 76).

## 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 processus classique où les décisions des Cours constitutionnelles sont tantôt valorisées (en étant confirmées), tantôt contestées (en étant condamnées) perdure. Il arbore toutefois une dimension délicate dans un contexte marqué par l'augmentation de la défiance de certains États qui n'hésitent pas à discuter, contester, dénoncer l'emprise conventionnelle sur les spécificités culturelles, sociales, ou encore juridiques des États parties. La Cour est contrainte ce faisant de mesurer ses élans interprétatifs par trop évolutifs afin de ne pas attirer le courroux des juges nationaux sans lesquels le système de garantie ne fonctionnerait guère. On verra que l'analyse du contrôle des décisions constitutionnelles (1) comme de celui de l'argumentaire constitutionnel témoigne de façon magistrale de l'apparition d'une retenue judiciaire on ne peut plus stratégique (2).

#### 1. *Le contrôle des décisions constitutionnelles*

Le contentieux devant la Cour démontre à quel point les jurisprudences constitutionnelles sont, sur d'importantes questions de société, ménagées par

la Cour européenne. Qu'il s'agisse du droit à pension des détenus (43) ou encore de la place de la liberté d'expression des syndicalistes au sein des entreprises (44), la Cour préserve clairement les États et, par ricochet, leurs juridictions nationales notamment constitutionnelles. Il existe évidemment des affaires qui démontrent l'inverse, tout en étant toutefois systématiquement frappées d'une demande de renvoi de la part du Gouvernement. Elles sont intéressantes à analyser afin de voir si, en formation collégiale, la grande chambre reviendra sur les audaces des chambres de sept juges... L'affaire *Otegi Mondragon* fait partie de celles-là (45) : elle est particulièrement intéressante en ce qu'elle discute le caractère intouchable de la figure du Roi en Espagne. Chef de l'État, il est le « symbole de son unité et de sa permanence » ; il est « l'arbitre et le modérateur du fonctionnement régulier des institutions », sa personne est « inviolable et irresponsable » (article 56 § 1 et 3 de la Constitution espagnole), tandis qu'il exerce « le commandement suprême des forces armées » (article 62 h. de la Constitution espagnole). Cette stature permet-elle cependant que l'on puisse le critiquer très durement au point d'entacher son honneur, notamment quand on est le porte-parole d'un groupe de la gauche indépendantiste au Parlement de la Communauté autonome du Pays Basque ? Est-il admissible de déclarer « *que le roi d'Espagne est le chef suprême de l'armée espagnole, c'est-à-dire le responsable des tortionnaires et celui qui protège la torture et qui impose son régime monarchique à notre peuple au moyen de la torture et de la violence* » (§ 10) ? Telle était la question induite par la requête présentée devant la Cour par Arnaldo Otegi Mondragon qui fut condamné par le Tribunal Suprême espagnol à un an d'emprisonnement, à la suspension de son droit de suffrage passif pendant la durée de la peine, comme auteur pénalement responsable d'un « délit d'injure au Roi ». Le Tribunal constitutionnel, saisi sur la base du recours d'amparo rejeta la requête du requérant pour défaut manifeste de fondement au prix de longues argumentations qui eurent pour dessein de démontrer que le Tribunal suprême s'était livré à une « mise en balance » adéquate des droits en présence (§§ 18-22). Ce ne fut pas le point de vue de la Cour européenne. Mettant en valeur les tendances qui se sont manifestées au sein des instances du Conseil de l'Europe tendant à limiter de façon drastique le recours à l'emprisonnement (Comité des ministres, Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias, 12 février 2004 ; Assemblée parlementaire, Résolution vers une dépénalisation de la diffamation', res. n° 1577 (2007)) — tendance que l'on retrouve *mutadis mutandis* au sein de l'Organisation des États Américains à travers l'œuvre du Comité pour la liberté d'expression (*Relatoria para la libertad de expresion*) — elle estima que « *rien dans les circonstances de la présente espèce, où les propos litigieux ont été tenus dans le contexte*

---

(43) CEDH, Gde Ch., 7 juillet 2011, *Stummer c/ Autriche*.

(44) CEDH, Gde Ch., 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez c/ Espagne*.

(45) CEDH, 15 mars 2011, *Otegi Mondragon c/ Espagne*.

*d'un débat sur une question présentant un intérêt public légitime, n'était de nature à justifier l'imposition d'une telle peine d'emprisonnement. Par sa nature même, une telle sanction produit inmanquablement un effet dissuasif, nonobstant le fait qu'il a été sursis à l'exécution de la peine du requérant. Si pareille mesure a pu alléger la situation du requérant, elle n'efface pas pour autant sa condamnation ni les retombées durables de toute inscription au casier judiciaire* » (§ 60). Il est très intéressant ici de constater que, peu à peu, la pénalisation à outrance des propos considérés comme diffamatoires — *i.e.* celle qui engendre des peines d'emprisonnement — devient une exception réduite à une peau de chagrin. Avant d'évaluer la nature et la portée de la sanction pour finir par la condamner, la Cour rappela auparavant les fondamentaux de sa jurisprudence sur la nature des expressions utilisées et sur la protection spéciale dont certaines personnes bénéficient. Sur le premier point, bien que « provocateurs », les propos du requérant ne représentaient pas un « discours de haine, ce qui est aux yeux de la Cour l'élément essentiel à prendre en considération » (§ 54). Sur le second point, fondamental, la Cour prend le temps de rappeler sa jurisprudence *Colombani* (46) et *Artun* (47). On sait que la Cour a mis à l'encan par ces arrêts les cadres législatifs qui accordent aux chefs d'État étrangers comme aux chefs d'État nationaux des privilèges confinant à l'impossibilité pratique de tout type de critiques à leur rencontre. Or, ce qui vaut pour les régimes républicains vaut également pour les monarchies parlementaires. Et la Cour d'affirmer que « *le fait que le Roi occupe une position de neutralité dans le débat politique, une position d'arbitre et de symbole de l'unité de l'État, ne saurait le mettre à l'abri de toute critique dans l'exercice de ses fonctions officielles, ou — comme en l'espèce — en tant que représentant de l'État, qu'il symbolise, notamment de la part de ceux qui contestent légitimement les structures constitutionnelles de cet État, y compris son régime monarchique* ». Et de poursuivre en répondant d'ailleurs très clairement à des arguments mis en avant par le Tribunal constitutionnel espagnol en son temps : « *le fait que le roi soit irresponsable en vertu de la Constitution espagnole, notamment sur le plan pénal, ne saurait faire obstacle en soi au libre débat sur son éventuelle responsabilité institutionnelle, voire symbolique, à la tête de l'État, dans les limites du respect de sa réputation en tant que personne* » (§ 56). Il n'est guère étonnant qu'au regard du statut constitutionnel du Roi et de l'importance qu'il a détenu dans l'histoire démocratique de l'Espagne, comme au regard de l'engagement politique du requérant (dont le parcours indépendantiste est régulièrement sous le feu de l'actualité politico-médiatique espagnole), que cette condamnation fit grand bruit au-delà des Pyrénées. Il n'est donc guère étonnant de découvrir que le gouvernement décida, le 27 juin 2011, de demander le renvoi de l'affaire devant la Grande chambre. La condamnation de l'Espagne à l'unanimité des 7 juges

---

(46) CEDH, 25 juin 2002, *Colombani c/ France*.

(47) CEDH, 26 juin 2007, *Artun et Gùvener c/ Turquie*.

de la troisième section fera-t-elle l'objet d'une autre analyse par les 17 juges ? L'affaire (politiquement) sensible est à suivre afin de voir, si une fois de plus, sur des questions nationales « sensibles », la Grande chambre reculera.

## 2. *Le contrôle de l'argumentaire constitutionnel*

L'année dernière, en traitant de l'argumentaire constitutionnel, on entendait décrire le phénomène de l'invocation par les parties à l'instance, les tiers intervenants et/ou par les juges de la Cour européenne eux-mêmes, d'argumentaire qui repose sur l'utilisation de la jurisprudence constitutionnelle dans le but explicite de conforter leur point de vue (48). On avait ainsi mentionné l'affaire *S.H. et autres* qui concernait la délicate question de la procréation médicalement assistée et dans laquelle la Cour avait rendu une solution qui s'opposait à la jurisprudence constitutionnelle. Ce fut à l'époque la juge dissidente autrichienne (Mme Steiner) qui avait estimé pertinente l'approche choisie par le législateur et qui avait été validée par le gardien de la Constitution. Cette solution délivrée dans l'arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2010 fut l'objet d'un renvoi à la demande du gouvernement autrichien. La solution délivrée par la grande chambre le 3 novembre 2011 (49), démontre à quel point la Cour a voulu « ménager » les susceptibilités nationales en évitant *in fine* à l'Autriche et à sa Cour constitutionnelle un désaveu cinglant. Bien que la Cour considère que le droit de devenir parents grâce à des techniques médicales en cas d'infertilité tombe sous le coup de l'article 8 (50) ; autrement dit bien que l'applicabilité de l'article 8 fut bien actée, sa violation fut rejetée. Les requérants étaient deux couples mariés de nationalité autrichienne. Pour eux, seule la fécondation *in vitro* ayant recours au sperme d'un donneur (premier couple) ou aux ovules d'une donneuse (second couple) leur permettait d'avoir un enfant avec pour parents géniteurs un des requérants. Le problème résidait dans le fait que ces deux possibilités étaient expressément exclues par le droit autrichien qui ne prévoyait que des exceptions très encadrées. Alors que la chambre de sept juges avait conclu le 1<sup>er</sup> avril 2010 à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 pour une telle interdiction, la Grande chambre a fait marche arrière. Madame le juge Elizabeth Steiner, de nationalité autrichienne, a fini en quelque sorte, par faire prévaloir son point de vue. La Grande chambre s'est donc ralliée au courant au sein de la Cour qui entend raisonner sur la base de l'état du droit au moment où des sujets complexes ont été

---

(48) Cette revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2010, p. 1040 et s.

(49) CEDH, Gde Ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c/ Autriche*.

(50) « La Cour considère que le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève également de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale » (§ 82).

examinés et traités par les juridictions internes, reléguant en arrière-plan le poids (qui n'est plus décisif) du consensus européen pour concrétiser (non pas un revirement de jurisprudence) mais la poursuite d'une évolution analytique qui aurait pour conséquence de déclarer un État responsable d'une violation. En effet, cet arrêt démontre une manière très particulière de tirer les conséquences de l'existence d'un « consensus européen ». Lisons plutôt le § 96 qui ne lasse pas d'étonner : « *La Cour constate que les États contractants ont aujourd'hui clairement tendance à autoriser dans leur législation le don de gamètes à des fins de fécondation in vitro, tendance qui traduit l'émergence d'un consensus européen. Toutefois, le consensus qui semble se dessiner correspond davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des États membres, raison pour laquelle il ne peut restreindre de manière décisive la marge d'appréciation de l'État.* ». On avoue qu'il n'est pas simple de suivre la Cour : le consensus émergent étant lui-même en évolution rapide, mieux vaut rester très en deçà du consensus. Telle est la synthèse que l'on peut tirer d'un tel passage. En dépit d'une utilisation conservatrice du « facteur temps » qui a fini par légitimer l'arrêt de la Cour constitutionnelle, les juges majoritaires laissent une porte entreouverte. Ils lancent clairement au législateur autrichien ce qui ressemble à une incitation pressante à remettre le métier sur l'ouvrage. : « *Bien que [la Cour] ait conclu à la non-violation de l'article 8 en l'espèce, elle observe que le domaine en cause, qui paraît se trouver en perpétuelle évolution et connaît des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, appelle un examen permanent de la part des États contractants (Christine Goodwin, précité, § 74 ; et Stafford c/ Royaume-Uni [GC], n° 46295/99, § 68, CEDH 2002-IV)* » (§ 118). Ne s'agit-il pas ici d'un aiguillon à l'attention du législateur autrichien pour qu'il s'attèle à la confection d'une nouvelle loi en matière de procréation médicalement assistée ?

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

Comment donner corps et effectivité au principe de primauté (1) et au mécanisme préjudiciel (article 267 TFUE) (2), quand on est un juge constitutionnel dont la raison d'être est la préservation de la Constitution, toujours considérée comme la « norme suprême » de l'État ? Cette interrogation reflète toute l'histoire des allégeances duales, à la Constitution et à l'ordre juridique national d'un côté et aux traités tels qu'interprétés par la Cour de justice de l'autre. Cette histoire n'en finit pas de révéler les politiques jurisprudentielles subtiles déployées par les gardiens des Constitutions pour ne pas se renier tout en reconnaissant et valorisant l'importance du statut d'« État intégré ».

### 1. *Les Cours constitutionnelles et la primauté du droit de l'Union*

Organiser la complexe articulation des systèmes (a) dans un espace politique composé comme participer, d'une manière ou d'une autre, à la mise en œuvre du droit de l'Union (b), sont toujours les manifestations du dialogue des juges. Dans ce contexte dialogique, d'autres acteurs du système et non des moindres — les pouvoirs constituants dérivés — ont voulu reprendre « la main » dans l'édification du système politique composé européen. Le Royaume-Uni (51) a en effet réformé sa Constitution afin de remettre au cœur du jeu politique le peuple. Il faudra guetter ce que les juges feront de ce nouveau texte.

#### a. *Les Cours constitutionnelles et l'articulation des systèmes*

La crise, encore et toujours, a scandé en 2011 le dialogue des juges. Le sauvetage de l'euro, délicat et difficile car il passait pas une aide massive à la Grèce décidée en 2010, ne s'est pas fait dans ce qui aurait pu être un arbitraire isolement des institutions européennes. Tous les « acteurs » du système de l'Union ont été sollicités et chacun d'entre eux a eu son mot à dire (52) ;

---

(51) La loi sur l'Union européenne (“*European Union Act 2011*”) — entrée en vigueur dans sa totalité le 19 septembre 2011, marque un changement, tant dans l'ordre constitutionnel interne, que dans les relations entre le Royaume-Uni et l'Union européenne. Le but principal de la loi est d'imposer au gouvernement britannique une obligation d'organiser un référendum avant de ratifier toute modification éventuelle au Traité sur l'Union européenne et au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'article 4 § 1 de la loi prévoit une série de cas de figure dans lesquels l'organisation d'un référendum sera obligatoire, allant de l'extension (ou de la limitation) des objectifs de l'Union prévus à l'article 3 TUE jusqu'à l'extension (ou à la limitation) des compétences de soutien ou d'appui de l'Union. Si la modification proposée n'entre pas dans le champ d'application de l'article 4 de la loi, un référendum n'est pas nécessaire ; il est à noter, toutefois, que la portée de cet article est large. La nouvelle loi prévoit, aux articles 6 et 7, une procédure particulière lors de l'adoption de certaines modifications ayant trait aux compétences partagées entre l'Union et les États membres. À cet égard, le ministre responsable ne peut voter au sein du Conseil pour ou contre l'adoption de la modification proposée par l'Union sauf s'il en est préalablement habilité par le Parlement du Royaume-Uni. Cette habilitation est aussi soumise à la condition que le ministre présente la modification proposée devant le Parlement pour accord (explicite ou tacite selon le cas). En outre, toute décision prise sur la base de l'article 352 TFUE (l'ancien article 308 CE), nécessite l'approbation préalable du Parlement, sauf dans quelques cas prévus à l'article 8, paragraphe 6, de la loi, à savoir les décisions usuelles que prenait la Commission en vertu de l'article 308 CE.

(52) La réforme de la Constitution espagnole du 27 septembre 2011 (BOE, n° 233) le démontre. Le nouvel article 135 de la Constitution est long et précis, composé de 4 paragraphes d'un pointillisme détonnant. On s'attachera ici uniquement à mentionner que, selon les §§ 1 et 2, il est établi que toutes les administrations publiques agiront en adéquation avec le principe de stabilité budgétaire et que l'État et les Communautés autonomes ne pourront pas se trouver en situation de déficit structurel dépassant les marges établies par l'Union européenne pour chacun de ses États membres. Une loi

parmi eux, les gardiens nationaux des Constitutions. Ainsi, la Slovénie tout d'abord et l'Allemagne ensuite, ont pris part à l'opération de secours de la monnaie européenne. Les représentants du peuple de ces États avaient en effet adopté des lois ayant pour objet, non seulement d'accorder des prêts à la Grèce mais encore d'autoriser leur gouvernement à les garantir auprès du Fonds européen de stabilité financière (FESF). La problématique revenait à savoir si de tels mécanismes étaient conformes à certains principes constitutionnels.

Dans un arrêt du 3 février 2011 (53), rendu en matière de mécanisme européen de stabilité, la Cour constitutionnelle slovène s'est prononcée sur la conformité à la Constitution de la loi relative à la garantie destinée à contribuer à la stabilité financière dans la zone de l'euro. Plusieurs députés slovènes avaient formé un recours constitutionnel afin de dénoncer l'atteinte au principe de légalité consacré à l'article 149 de la Constitution du 23 décembre 1991 (54). L'argumentation de la Cour s'articula autour de trois axes : tout d'abord, celui de la nécessité d'interpréter la notion de « garantie » de façon large au regard de son statut de notion constitutionnelle autonome (55) ; ensuite, celui de l'importance, en vertu des articles 2 (principe de l'État de droit) et 120 (principe de légalité des actes de l'administration) de la Constitution, non seulement de s'assurer que l'obligation future relevant de la garantie de l'État devait être déterminée clairement et précisément par la loi, mais encore qu'elle ne pouvait pas mettre en péril le minimum social de la population ; enfin, celui de la délimitation matérielle et temporelle de la garantie : elle ne vaut que pour un montant précis (2,073 milliards d'euros) et pour une durée limitée (jusqu'au 30 juin 2013) (56). Sur la base de ces différents

---

organique doit fixer le seuil maximum de déficit structurel permis à l'État et aux Communautés autonomes, en rapport avec leur produit intérieur brut. Les Entités locales devront présenter un équilibre budgétaire.

(53) Cour constitutionnelle slovène, 3 février 2011, U-I-178/10-18, [www.us-rs.si/odlocitve/](http://www.us-rs.si/odlocitve/).

(54) Selon eux, le Parlement aurait dû adopter une loi spéciale pour chaque garantie de l'État.

(55) Ainsi, elle englobe tous les types de garanties par lesquelles l'État assume un risque pour l'exécution d'obligations d'un tiers. Elle est donc une obligation conditionnée par le fait que le tiers n'exécute pas ses propres obligations. Ainsi, la garantie n'a pas nécessairement de conséquences dans les budgets futurs de l'État et ne fait, par conséquent, pas partie de la dette publique.

(56) La loi mentionne le débiteur qui est le FESF ainsi que les types d'instruments pour lesquels la garantie a été accordée. De cette façon, ladite loi est conforme au principe de clarté qui constitue un des principes de l'État de droit au sens de l'article 2 de la Constitution. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle estime qu'il s'agit d'une garantie limitée audit montant qui sera appelée en plusieurs parties et selon les besoins. En revanche, en cas de dépassement du montant, le Parlement devra, conformément à l'article 149 de la Constitution, adopter une nouvelle loi.

éléments, la loi slovène passa le cap sans encombres du contrôle de constitutionnalité. Après la Slovaquie, ce fut au tour de l'Allemagne de se prononcer sur les mesures d'urgence adoptées par le *Bundestag* suite aux recours déposés par plusieurs économistes et un député qui estimaient que leurs droits fondamentaux avaient été atteints par l'adoption de la loi qui autorisait un prêt de 22,4 milliards d'euros à la Grèce et celle qui prévoyait la garantie de l'Allemagne à hauteur de 123 milliards d'euros au sein du Fonds européen de stabilité financière (FESF). Dans sa décision du 7 septembre 2011 (57), le Tribunal constitutionnel allemand accueillit les recours. Il considéra que le sacro-saint article 38 de la LF (58) octroie le droit à chaque citoyen de participer, par la saisine constitutionnelle, à la préservation de la démocratie (59). Une fois le recours déclaré recevable, le Tribunal estima que les mesures de sauvetage étaient compatibles avec la Loi fondamentale de Bonn, confirmant sa politique jurisprudentielle posée notamment dans l'arrêt *Maastricht* (1993) et confirmée avec l'arrêt *Lisbonne* (1999). Tout en continuant de raisonner sur le concept de souveraineté, tout en continuant de valoriser l'importance des décisions budgétaires et par voie de conséquence l'importance du Parlement (*Bundestag*) en démocratie (60), il estima en l'espèce que les limites constitutionnelles n'avaient pas été « manifestement » outrepassées ; que d'*ultra vires* il ne fut point question. Cette validation fut toutefois assortie de l'exigence selon laquelle — s'agissant de la participation de l'Allemagne au mécanisme européen de stabilisation — le gouvernement allemand obtienne l'accord de la

---

(57) Tribunal constitutionnel allemand, 7 septembre 2011, 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10 et 2 BvR 1099/10, ordonnance du 27.10.11, 2 BvE 8/11, [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de).

(58) Le Tribunal des conflits considère qu'au-delà du droit de vote, l'article 38 LF exprime l'idée fondamentale de la démocratie, i.e., la souveraineté du peuple.

(59) En effet, pour le Tribunal constitutionnel, le droit de vote serait dénué de sens si les compétences du *Bundestag* étaient réduites de telle sorte que la mise en œuvre de la volonté des citoyens s'avérerait impossible. Chaque citoyen a, en principe, le droit subjectif de saisir la plus haute juridiction allemande pour sauvegarder l'effectivité de son droit de vote, dans l'hypothèse où le Parlement abandonnerait des domaines de compétence essentiels et priverait ainsi le citoyen de son influence. Ainsi, les recours dirigés contre les mesures d'aides à la Grèce et celles relatives au plan de sauvetage de l'euro sont recevables, dans la mesure où ils se fondent sur l'atteinte à l'autonomie budgétaire, dans la mesure où les lois visant au sauvetage de l'euro sont susceptibles de restreindre le champ d'action du *Bundestag* de manière inconstitutionnelle.

(60) Le *Bundestag* doit ce faisant conserver son pouvoir de contrôle ("Herr seiner Entschlüsse") sur les grandes décisions budgétaires. Cela implique qu'il ne peut pas autoriser des mécanismes permanents dont les impacts financiers seraient difficilement prévisibles. Chaque mesure d'aide qui implique des dépenses publiques importantes doit être approuvée au cas par cas par le *Bundestag*. Par ailleurs, le juge constitutionnel allemand relève qu'il serait porté atteinte au principe de démocratie si l'Allemagne devait participer au remboursement des dettes d'autres pays.

Commission budgétaire du *Bundestag* avant l'octroi d'une quelconque garantie (61).

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

Régulièrement, cette chronique présente le rôle des Cours constitutionnelles dans le contrôle indirect du droit dérivé de l'Union européenne au travers de l'examen des mesures nationales de transposition. Ce processus classique — comme le démontre un arrêt de la Cour constitutionnelle belge du *14 juillet 2011* — s'agrément également, au regard des spécificités contentieuses propres à certains systèmes constitutionnels, de la possibilité de contrôler cette fois-ci directement le droit dérivé de l'Union. La mosaïque constitutionnelle européenne démontre que ce schéma n'est pas systématiquement celui planté par le décor contentieux allemand où c'est en cas d'*ultra vires* que les gardiens des Constitutions s'arrogeraient le droit d'opérer directement un contrôle du droit dérivé. Le contexte constitutionnel polonais porte au grand jour un autre cas de figure qui découle, plus simplement, de la spécificité du libellé de l'article 79 § 1 de la Constitution polonaise du 2 avril 1997 concernant le mécanisme de « plainte constitutionnelle » (\*). Le contentieux constitutionnel réserve également cette année des surprises dans le cadre du contrôle de la mise en œuvre du droit de l'Union où c'est notamment la Cour tchèque qui se distingue (\*\*).

\* Les Cours constitutionnelles et le contrôle du droit dérivé de l'Union

*Le contrôle indirect.* Dans son arrêt du *14 juillet 2011* (62), la Cour constitutionnelle belge a jugé que la loi du 10 janvier 2010 — modifiant la législation relative aux jeux de hasard — était compatible avec les articles 49 TFUE (liberté d'établissement) et 56 TFUE (libre prestation de services). Selon cette loi, un opérateur ne peut obtenir une licence pour l'exploitation de jeux de hasard sur Internet uniquement s'il dispose d'un établissement de jeux de hasard ou organise des paris sur le territoire national, et si les serveurs sur lesquels les données et la structure de son site Internet se trouvent dans un établissement permanent situé sur le territoire national. Se basant habilement

---

(61) Mentionnons, par ailleurs, l'ordonnance du Tribunal constitutionnel du 27 octobre 2011 qui démontre à quel point le juge constitutionnel entend préserver les pouvoirs du *Bundestag*. Dans le cadre de l'amendement de la loi prévoyant la garantie de l'Allemagne au sein du Fonds européen de stabilité financière, les droits de participation du *Bundestag* ont été modifiés. Dans des cas d'urgence, cette loi prévoit le transfert des droits de participation du *Bundestag* à un comité de neuf personnes. Plusieurs députés du *Bundestag* ont contesté cette modification de loi devant le Tribunal constitutionnel. Partant, dans le cadre de cette procédure de référé, le Tribunal constitutionnel a donc interdit l'exercice des droits du *Bundestag* par ce comité jusqu'au prononcé d'une décision définitive.

(62) Cour constitutionnelle belge, *14 juillet 2011*, n° 128/2011.

sur la jurisprudence de la Cour de justice (63), la Cour constitutionnelle jugea que si la nouvelle loi comportait effectivement une restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, elle était toutefois justifiée eu égard au fait que les jeux de hasard constituaient une activité économique qui pouvait avoir des conséquences dommageables non seulement pour la société — en raison du risque d'appauvrissement des joueurs auquel peut conduire une pratique excessive du jeu — que pour l'ordre public en général, compte tenu notamment des revenus importants qu'ils génèrent. Selon la Cour constitutionnelle belge, la réglementation attaquée poursuit un objectif légitime : elle limite le nombre d'opérateurs qui exploitent des jeux de hasard et canalise ces mêmes jeux vers des établissements autorisés qui sont contrôlés : il est question de protéger les joueurs et de limiter le danger social généré par de telles pratiques ludiques très souvent addictives. Activant un contrôle de proportionnalité minutieux, la Cour constitutionnelle s'évertua à montrer que la réglementation attaquée — contrairement à ce qui était le cas auparavant — n'interdisait plus complètement l'exploitation des jeux de hasard, via des instruments de la société de l'information. En outre, la présence sur le territoire belge des serveurs des fournisseurs de jeux de hasard, via des instruments de la société de l'information ayant une licence en Belgique, sur lesquels les données et la structure du site Internet sont gérées, permettait aux autorités compétentes de contrôler directement les données et la structure du site Internet gérées sur ces serveurs. À cet égard, la Cour constitutionnelle a souligné qu'il n'existe actuellement aucun instrument de coopération communautaire en vertu duquel l'État membre d'établissement du fournisseur de jeux de hasard en ligne serait tenu de fournir aux autorités compétentes de l'État membre de destination toute l'assistance technique dont elles pourraient avoir besoin pour contrôler le respect de leur propre réglementation. En outre, un contrôle à distance effectué au sein du système d'exploitation ne peut pas garantir que les constats réalisés soient exacts et complets. Par conséquent, selon la Cour constitutionnelle, la réglementation attaquée est raisonnablement justifiée. Une telle solution n'étonne pas quand on connaît la jurisprudence de la Cour de justice sur les jeux en ligne qui laisse une très grande marge de manœuvre aux États dans la mesure où ces activités, comme tel, ne rentrent pas dans la logique du marché intérieur (64).

*Le contrôle direct.* Dans un arrêt du 16 novembre 2011 (65), la Cour constitutionnelle polonaise s'est reconnue compétente pour examiner la conformité

---

(63) Point B.14. 3 et notamment l'arrêt *Liga Portuguesa de Futebol*, du 8 septembre 2009, C-42/07, Rec. 2009 p. I 7633.

(64) Pour une présentation éclairante de cet élément, on renvoie à F. Péraldi-Leneuf, « La Cour de justice et la libéralisation des jeux en ligne : l'exigence de cohérence », RTDE, janvier-mars 2010, pp. 7-29.

(65) Tribunal constitutionnel polonais, 16 novembre 2011, affaire n° SK 45/09 ; Dz.U. Nr 254, poz. 1530 [www.trybunal.gov.pl](http://www.trybunal.gov.pl).

des actes du droit dérivé de l'Union européenne avec la Constitution polonaise. La guerre des juges n'aura pas lieu car, dans le cas d'espèce qui lui était soumis, elle jugea que les garanties procédurales confirmées par l'article 45 § 1 et l'article 32 § 2 de la Constitution polonaise n'étaient pas violées par l'article 41 2<sup>e</sup> phrase du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, selon lequel une partie contre laquelle l'exécution d'une décision d'un autre État membre est demandée ne peut pas présenter d'observations, avant que ladite décision ne soit déclarée exécutoire. La plainte constitutionnelle à l'origine de l'affaire avait été déposée par une personne s'étant vu condamnée par la cour d'appel de Bruxelles, dans le cadre d'un procès pénal, au paiement des dommages et intérêts pour les préjudices résultant d'une infraction commise à l'encontre d'un citoyen belge. À la demande de ce dernier, la cour régionale de Varsovie avait déclaré ladite décision exécutoire sur le fondement du règlement n° 44/2001, ce qui avait été confirmé en appel. Par sa plainte, la partie contre laquelle l'exécution a été demandée a invité la Cour constitutionnelle à examiner la constitutionnalité de l'article 41 2<sup>e</sup> phrase, du règlement n° 44/2001, dans la mesure où celui-ci ne prévoit pas la possibilité, pour le débiteur, de présenter des observations dans le cours de la procédure. Elle avait soulevé des moyens fondés sur la violation du droit à l'égalité de traitement par les pouvoirs publics, du droit à ce qu'une cause soit entendue équitablement et publiquement par les tribunaux, et du droit à un double degré de juridiction. Dans le passé, la Cour constitutionnelle avait déjà examiné la conformité du droit primaire de l'Union avec la Constitution (66), ainsi que la conformité des lois nationales transposant le droit dérivé (67). Dans la présente affaire et pour la première fois, la Cour s'est prononcée sur la question de savoir si les actes de droit dérivé de l'Union entraient dans le champ matériel de sa compétence... Or, pour répondre à cette interrogation, il lui fallait se pencher sur le libellé de l'article 79 § 1 qui régit la procédure de la « plainte constitutionnelle ». Selon cette disposition, « *Toute personne dont les libertés ou les droits ont été violés, a le droit, conformément aux principes définis par la loi, de porter plainte devant le Tribunal constitutionnel en matière de conformité à la Constitution de la loi ou d'un autre acte normatif en vertu duquel l'autorité judiciaire ou l'autorité de l'administration publique se sont définitivement prononcées sur les libertés ou les droits de cette personne ou sur ses devoirs définis par la Constitution* ». Le nœud gordien de la problématique revenait à décider si un règlement européen constituait « un autre acte normatif » au sens de la disposition précitée. La Cour constitutionnelle y répondit de façon positive en déroulant une argumentation en trois temps.

---

(66) Cour constitutionnelle polonaise, arrêts K 18/04 et K 32/09.

(67) Cour constitutionnelle polonaise, arrêts P 1/05 et SK 26/08.

Premièrement, la Cour constitutionnelle a déclaré que l'article 79 § 1 de la Constitution (68) établit de manière autonome la compétence de la Cour, indépendamment de celle définie à l'article 188, points 1 à 3 — relevant du titre VIII relatif concernant « Les cours et tribunaux » — de la Constitution. Ce dernier article délimite la compétence de la Cour en disposant qu'elle statue sur la compatibilité des lois et des traités avec la Constitution, celle des lois avec les traités dont la ratification exige l'autorisation préalable d'une loi, et celle des actes réglementaires émanant des autorités centrales de l'État avec la Constitution, les traités ratifiés et les lois. L'article ajoute qu'elle statue également sur la procédure de la « plainte constitutionnelle », fondée sur le paragraphe premier de l'article 79. Toutefois, selon la Cour constitutionnelle, l'article 188 de la Constitution ne restreint pas l'objet de la plainte constitutionnelle tel que défini à son article 79 aux lois ou règlements nationaux émanant des autorités centrales de l'État. Deuxièmement, la Cour constitutionnelle a estimé que la notion « un autre acte normatif » de l'article 79 § 1 de la Constitution ne se limite pas aux actes pris par les organes polonais, mais vise également ceux pris par les organes d'une organisation internationale à laquelle appartient la Pologne. Ainsi en est-il, en particulier, des actes pris par les institutions de l'Union. De tels actes entrent dans l'ordre juridique national et déterminent la situation juridique des citoyens. Troisièmement, l'article 288 TFUE, lu à la lumière de l'interprétation de la Cour de justice, permet de constater qu'un règlement européen possède bien les éléments constitutifs d'un acte normatif au sens du premier paragraphe de l'article 79 de la Constitution. De plus, un tel règlement peut contenir des normes sur la base desquelles l'autorité judiciaire ou l'autorité administrative se prononce définitivement. Au vu de l'ensemble de ces considérations, la Cour constitutionnelle déclara que les règlements de l'Union européenne revêtaient la nature d'actes normatifs au sens de l'article 79 § 1 de la Constitution. Troisièmement, la Cour constitutionnelle révéla que la position du règlement européen dans la hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique polonais était fixée par l'article 91 § 3 de la Constitution qui prévoit sa primauté en cas de conflit avec une loi. Néanmoins, elle déduisit de l'article 8, qui dispose que la Constitution est le droit suprême de la République de Pologne, que cette dernière primait sur tous les actes de l'ordre juridique polonais, y compris sur les actes du droit dérivé de l'Union. La Constitution fait ainsi de la Cour constitutionnelle la juridiction qui dispose du « dernier mot » dans les affaires touchant aux questions constitutionnelles et structurelles. Cette position avait déjà été confirmée par la Cour constitutionnelle dans les arrêts K 18/04 sur le *Traité d'adhésion de la Pologne à l'Union* et K 32/09 relatif au *Traité de Lisbonne*.

---

(68) Il figure dans le titre II, intitulé « Les libertés, les droits et les devoirs de l'homme et du citoyen » sous la partie « Les mesures de protection des libertés et des droits ».

Une fois sa compétence posée, il était question pour la Cour polonaise de ne pas heurter de façon radicale les principes régissant la répartition des compétences entre elle et la CJUE. Dans ce contexte, elle souligna la nécessité de distinguer d'une part, la compétence permettant d'examiner la conformité des actes du droit dérivé de l'Union avec les traités — qui appartient exclusivement à la Cour de justice — et, d'autre part, la compétence permettant d'examiner leur conformité avec la Constitution qui revient à la Cour constitutionnelle. Elle déroula un argumentaire *pro integrationae* : la Cour de justice et la Cour constitutionnelle ne peuvent point être considérées comme des juridictions concurrentes : elles ont un rôle et un champ de compétences distincts. Le contrôle de conformité des règlements européens exercé par la Cour constitutionnelle doit ainsi être considéré comme indépendant, quoique subsidiaire, par rapport au contrôle exercé par la Cour de justice. Le juge constitutionnel polonais insista sur la nécessité de faire preuve de prudence et de modération. Il rappela son obligation de respecter le droit de l'Union, d'agir selon les principes d'interprétation conforme et de coopération loyale. Partant, avant de constater la non-conformité d'un acte du droit dérivé de l'Union avec la Constitution, la Cour constitutionnelle doit s'assurer de la portée dudit acte en activant le mécanisme préjudiciel de l'article 267 TFUE. Ce n'est que si tous les moyens de résolution du conflit des normes (constitutionnelles et « unionales ») ont échoué que la décision constatant la non-conformité d'un règlement européen avec la Constitution peut être prise, celle-ci ayant donc un caractère d'*ultima ratio*. Le Tribunal constitutionnel ne s'arrêta pas à ce qui ressemble à une présentation idéale, pour ne pas dire idyllique, des rapports de systèmes. Il alla jusqu'à envisager les effets qui seraient attachés à une décision concluant à la non-conformité à la Constitution des normes de droit dérivé de l'Union : tandis que les actes nationaux jugés non conformes perdraient leur force obligatoire, il considéra pour ce qui est des actes du droit dérivé comme tels que leur application par les autorités nationales serait exclue. Ce résultat étant toutefois difficile à concilier avec les obligations d'un État membre, il y aurait lieu d'ajourner la date de la perte de force obligatoire de l'acte mis en cause et prendre des mesures visant, soit à l'amendement de la Constitution, soit à la modification de l'acte... Cette décision ressemble à un petit bréviaire à l'attention de la Cour de justice comme des autres Cours constitutionnelles ; le juge polonais y décline les tenants et aboutissants des rapports complexes de la légitimité des allégeances juridiques dans un système politique composé... *In fine*, le contrôle effectivement opéré se solda pour un brevet de constitutionnalité (69), mais le ton est donné pour l'avenir.

---

(69) Elle contrôla la disposition mise en cause à la lumière de l'article 45 § 1 (droit à un procès équitable) et de l'article 32 § 1 de la Constitution (principe d'égalité dans le cadre du droit à un procès équitable). Elle souligna en premier lieu que les procédures mises en place par le règlement n° 44/2001 visaient à trouver un équilibre entre les droits et les intérêts antagonistes de la partie requérante et de la partie contre laquelle

\*\* Les Cours constitutionnelles et le contrôle de la mise en œuvre du droit de l'Union

Pour la première fois de son histoire contentieuse, la Cour constitutionnelle tchèque — dans son arrêt du 9 février 2011 (70) — s'est prononcée sur le principe de responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par une violation du droit de l'Union. Elle fut saisie d'un recours constitutionnel formé par un particulier contre des arrêts rendus par les instances inférieures et par la Cour suprême en matière de responsabilité de la puissance publique pour les dommages causés par une faute de service. En l'espèce, la requérante, une sage-femme, prétendait avoir subi un préjudice (baisse de revenus) lié au fait que le Ministère de la santé avait approuvé et publié, sous forme d'un arrêté ministériel, les résultats d'une procédure de négociation menée entre d'une part les représentants des caisses d'assurance-maladie et d'autre part des prestataires de soins de santé. Dans les résultats ainsi approuvés et publiés, la profession de sage-femme n'avait pas été, du moins directement, considérée en ce qui concerne la valeur de l'unité et le montant des paiements pour les prestations de soins fournies. D'après la requérante, cela avait mené à l'exclusion — du système public d'assurance-maladie public — des établissements où les sages-femmes exerçaient leur activité. Et de considérer que c'était non seulement discriminatoire, mais également contraire à la loi et à l'intérêt

---

l'exécution était demandée. Pour atteindre cet objectif, le législateur de l'Union avait organisé une procédure en deux étapes, permettant de concilier l'effet de surprise de la partie contre laquelle l'exécution est demandée et le respect du droit de cette partie à être entendue, reflétant ainsi le principe général sous-tendant la procédure de déclaration qui constate la force exécutoire d'une décision étrangère. Cette procédure est de nature secondaire par rapport à la procédure judiciaire ayant abouti au prononcé de la décision dans l'État d'origine. Il est, en effet, présumé que les deux parties se sont vu garantir des droits procéduraux correspondant à la notion de procès équitable dans la procédure menée devant la juridiction de l'État d'origine. Cette présomption se fonde sur une confiance réciproque des États membres de l'Union dans l'administration de la justice. La Cour constitutionnelle a observé, dans un deuxième temps, que le code de procédure civile polonais connaissait également certaines procédures ex parte analogues à celle visée à l'article 41, 2<sup>e</sup> phrase, du règlement n° 44/2001. Elle a donc déclaré que l'absence de possibilité de présenter des observations au cours de la procédure relative à la constatation de la force exécutoire d'une décision d'une juridiction étrangère, étant de nature à réaliser les objectifs essentiels du règlement, ne revêtait pas de caractère arbitraire et ne violait pas le droit à un procès équitable. Quant à la prétendue violation de l'article 32 § 1, lu en combinaison avec l'article 45 § 1 de la Constitution, la Cour constitutionnelle a estimé que, eu égard à la nature particulière de la procédure relative à la constatation de force exécutoire d'une décision d'une juridiction étrangère, des différences entre les droits procéduraux des parties en première instance étaient admissibles. Selon la Cour, la disposition de l'article 41, 2<sup>e</sup> phrase, du règlement n° 44/2001 n'avait pas pour effet de privilégier de manière excessive ou injustifiée le créancier, par rapport à la partie contre laquelle l'exécution a été demandée.

(70) Cour constitutionnelle tchèque, 9 février 2011, n° IV. S 1521/10.

public. Partant, elle avait invoqué la responsabilité de l'État telle qu'elle est régie par les dispositions de la loi n° 82/1998 sur la responsabilité de la puissance publique du fait d'une décision illégale ou d'une faute de service. Ce n'est qu'en second lieu qu'elle souleva également un moyen tiré du droit de l'Union, en demandant au juge si l'obligation de l'État de soumettre l'activité des sages-femmes au régime public d'assurance-maladie ne découlait pas de la directive 80/155.

La Cour suprême statuant en dernière instance avait rejeté le pourvoi en cassation en confirmant la position des juridictions inférieures estimant que les résultats des négociations, tels qu'approuvés et publiés par le Ministère de la santé, constituaient un acte normatif de portée générale dont l'adoption ne pouvait pas être qualifiée de faute de service. Ainsi, selon la Cour suprême, la responsabilité de la puissance publique n'avait pas pu, en l'espèce, être engagée. Suite à ce constat, elle avait considéré qu'il n'était plus nécessaire de répondre aux autres moyens invoqués.

Si le raisonnement de la Cour suprême, quant à l'absence de faute de service dans le cas de l'adoption d'actes normatifs de portée générale par des organes exécutifs, a été accepté par la Cour constitutionnelle comme étant conforme à l'ordre constitutionnel, il en a été autrement de la motivation de l'arrêt de la Cour suprême en ce qu'il porte sur le moyen tiré du droit de l'Union. D'après la Cour constitutionnelle, il est incontestable qu'un État membre est responsable pour les dommages causés par une violation du droit de l'Union, même si aucune disposition du droit national ne prévoit expressément les modalités de mise en œuvre d'une telle responsabilité — pas même la loi n° 82/1998 invoquée par la requérante — car la République tchèque doit respecter les obligations qui lui incombent en vertu du droit international (et également du droit de l'Union). Si d'un côté la Cour constitutionnelle a validé la jurisprudence antérieure de la Cour suprême concernant l'existence de deux régimes autonomes de responsabilité ayant des bases juridiques distinctes ; de l'autre, elle a considéré qu'il n'était pas admissible de rendre préjudiciable à la requérante d'avoir allégué une violation du droit de l'Union au soutien de l'établissement d'une faute de service. Selon la Cour tchèque, il incombe à la Cour suprême de répondre à tous les moyens invoqués par la requérante et d'interpréter la loi n° 82/1998, ainsi que de l'articuler avec le système de responsabilité de l'État membre envers les particuliers du fait du non-respect du droit de l'Union. Enfin, la Cour constitutionnelle a ajouté que l'interprétation de la loi doit échapper à l'arbitraire — qui est susceptible de naître en l'absence d'une motivation pertinente démontrant ce en quoi la solution retenue convient à la finalité d'une règle du droit de l'Union, ce qu'elle avait déjà affirmé clairement dans un arrêt du *13 janvier 2010* (71). Et de conclure que la Cour suprême avait violé, par son arrêt, le

---

(71) Cour constitutionnelle tchèque, 13 janvier 2010, II. S 1174/09.

droit de la requérante à un procès équitable. L'arrêt fut annulé et l'affaire renvoyée devant le juge suprême...

## 2. Les Cours constitutionnelles et le renvoi préjudiciel (article 267 TFUE)

Les temps où la justice constitutionnelle était à l'écart du vaste mouvement de coopération judiciaire des juges nationaux avec la Cour de justice semblent être des temps révolus, à tout le moins dans certains pays de l'Union. Même si le phénomène ne s'est pas (encore) généralisé, il est dans le même temps incontestable : les Cours constitutionnelles saisissent la Cour de justice de renvois préjudiciels (a) et prennent logiquement acte, ultérieurement, de ses réponses (b).

### a. Les saisines des Cours constitutionnelles

Après l'Autriche, la Belgique, l'Italie, la Lituanie et, dans une moindre mesure, l'Allemagne (72), l'Espagne est à l'honneur : le Tribunal constitutionnel par un *auto* (ordonnance) du 9 juin 2011 a en effet saisi la Cour de justice de trois questions préjudicielles dans le cadre de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen. Il s'agit assurément d'un moment important et ce à un double titre. Tout d'abord parce que la Haute juridiction espagnole met un terme à sa jurisprudence traditionnelle inaugurée en 1991 (73) selon laquelle une question d'interprétation et/ou d'appréciation de validité du droit de l'Union n'équivaut pas à une question de constitutionnalité, seul objet du recours d'*amparo* (FJ n° 7) (74). Ensuite, parce qu'en s'insérant dans le club (encore assez fermé) des Cours constitutionnelles qui ont décidé de donner corps aux échanges judiciaires avec la juridiction de l'Union, le Tribunal « renforce sa légitimité institutionnelle » (75). En effet, en s'insérant dans le

(72) En Allemagne, c'est un tribunal constitutionnel d'un Land (le Land de Hesse) qui activa le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice et non le Tribunal de Karlsruhe, voir cette Revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2000, n° 4, pp. 1081-1151.

(73) Tribunal constitutionnel espagnol, 14 février 1991, n° 28/1991.

(74) Voir également dans le même sens l'arrêt du 9 mai 1994, n° 28/1991 ; du coup, la question était systématiquement renvoyée aux juridictions ordinaires. Dans ce contexte, le Tribunal constitutionnel modifia sa jurisprudence en 1994 en considérant qu'un refus, manifestement erroné, de renvoyer de la part des juridictions ordinaires pouvaient s'assimiler à une violation de l'article 24 relatif à la « protection juridictionnelle effective », R. Alonso Garcia, « Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/ 2006 y 78/2010, Papeles de Derecho europeo e Integración regional/Working Papers on European Law and Regional Integration, WP IDEIR n° 4 (2011)).

(75) L. Arroyo Jiménez, « Sobre la primera cuestión prejudicial por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias », Papeles de Derecho europeo e Integración regional/Working Papers on European Law and Regional Integration, WP IDEIR n° 8 (2011), p. 18.

concert des dialogues que certaines juridictions constitutionnelles ont commencé à nouer avec la Cour de justice — au premier chef la Cour constitutionnelle belge — le Tribunal constitutionnel participe de la mise en œuvre concrète et effective du pluralisme constitutionnel en Europe. Loin d'être un signe de faiblesse, voire de soumission, le renvoi équivaut à la manifestation d'une marque de puissance (76). Surtout, il démontre que le Tribunal décida d'abandonner les « controverses stériles de "hiérarchies juridictionnelles" » (77). Nouer le dialogue et l'orienter, c'est concrétiser voire renforcer le pouvoir juridictionnel du garant de la Constitution.

Le nœud gordien du renvoi a pris corps dans le cadre de l'application de la procédure de « remise » — dont on sait qu'elle remplace, dans le cadre de l'Union, la procédure d'extradition. En 2009, dans une affaire dont la problématique était similaire, le Tribunal constitutionnel n'avait pas jugé pertinent d'activer le mécanisme préjudiciel — au grand dam de deux juges minoritaires, les magistrats Jorge Rodríguez Pérez et Pablo Pérez Tremps (78). Le Tribunal constitutionnel décide cette fois-ci de franchir le Rubicon : alors que l'Audience nationale espagnole accordait la remise de M. Stefano Melloni aux autorités italiennes (par une ordonnance du 12 septembre 2008) afin que soit exécutée une condamnation pénale formulée à son encontre pour faillite frauduleuse, celui-ci présenta un recours d'amparo contre cette ordonnance. Le requérant considérait qu'une telle remise constituait une « violation indirecte des exigences absolues » découlant de l'article 24, § 2, de la Constitution espagnole relatif au droit à un procès équitable (79). Le juge ordinaire espagnol aurait en effet amoindri le « contenu essentiel » du droit à un procès équitable en ne conditionnant point la remise du requérant à la possibilité d'attaquer la décision le condamnant en son absence. Au travers du jeu de la dissidence, la question de savoir si on était en présence d'un « véritable » jugement par contumace, qui aurait malmené les droits de la défense, s'est posée. En effet, Pablo Pérez Tremps, dissident en 2009 le fut également en 2011. Bien que particulièrement satisfait de voir la Haute juridiction constitutionnelle espagnole adhérer au mécanisme préjudiciel (voir FJ n° 1 et 6 de son opinion

---

(76) On se permet de renvoyer sur ce point à L. Burgorgue-Larsen, « Cour de justice et Cours constitutionnelles ou le temps complexe du dialogue », *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), Paris, SLC, 2012, pp. 273-285.

(77) Formule du magistrat Pablo Pérez Tremps, FJ n° 6 de son opinion dissidente.

(78) Tribunal constitutionnel espagnol, 28 septembre 2009, n° 199/2009, RTDE, 2010, 442-444.

(79) Pour une présentation en français de toutes les facettes de l'article 24 de la Constitution espagnole, on se permet de renvoyer à L. Burgorgue-Larsen, « La constitutionnalisation du droit au juge en Espagne », in J. Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 69-108.

dissidente) (80), il considéra — *in casu* — que l'affaire ne portait point au grand jour un cas de condamnation par contumace (*por rebeldia*) et que, ce faisant, le « contenu essentiel » du droit au juge n'était pas en cause. Cohérent avec son analyse présentée en 2009 (81), il estima en effet que l'affaire mettait clairement en évidence que le requérant, dûment défendu par deux avocats, avait eu connaissance de la date de son jugement et qu'il s'était sciemment soustrait à celui-ci : en un mot, il avait renoncé en toute connaissance de cause à comparaître ; partant, l'affaire entrerait dans un des cas de figure expressément mentionné par la décision-cadre qui permet à une autorité judiciaire d'exécution de mettre en œuvre un mandat d'arrêt y compris quand l'intéressé n'a pas comparu en personne à son procès (art. 4 *bis*) (82). C'est dans ce contexte que le magistrat dissident estima, en s'appuyant *expressis verbis* sur la jurisprudence strasbourgeoise — notamment l'arrêt de grande chambre du 1<sup>er</sup> mars 2006, *Sedjovic c/ Italie*, § 82 s. — que l'affaire ne portait pas atteinte au « contenu essentiel » du droit à un procès équitable et que par voie de conséquence le renvoi préjudiciel n'était pas nécessaire.

Il sera intéressant et important de voir la manière dont la Cour de justice prendra ou non en compte cette voix dissidente dans sa réponse préjudicielle... Quoi qu'il en soit, le Tribunal constitutionnel de son côté décida d'interpeller la Cour de justice en lui présentant trois questions, présentées de façon subsidiaire l'une par rapport à l'autre.

Il est tout d'abord demandé à la Cour de justice s'il convient d'interpréter l'article 4 bis de la décision-cadre de telle manière qu'il empêche les autorités judiciaires nationales de conditionner l'exécution d'un mandat d'arrêt au fait que la condamnation puisse être contestée, afin notamment que soient garantis les droits de la défense de l'intéressé. Si d'aventure la réponse à cette interrogation était positive, le Tribunal constitutionnel s'aventure (avec audace) à questionner la validité de l'article 4 bis au regard des exigences formulées aux articles 47, § 2, et 48, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de

---

(80) Il faut signaler ici que Pablo Pérez Tremps — professeur de droit constitutionnel, très fin connaisseur du droit de l'Union et des rapports de systèmes — est un ardent défenseur d'une vision apaisée et « dialogique » des rapports juridictionnels en Europe. Parmi les nombreux articles qu'il a écrit, on signalera : *La jurisdicción constitucional y la integración europea*, *Revista española de derecho europeo*, n° 29, 2009.

(81) En 2009, le magistrat avait en effet estimé que si le Tribunal constitutionnel considérait que le « contenu essentiel » des garanties procédurales du droit au juge était atteint, il aurait dû activer le mécanisme de renvoi préjudiciel en appréciation de validité de la décision-cadre conformément à l'article 35 UE dont le mécanisme avait été accepté par l'Espagne. Or, à l'époque, le Tribunal n'avait pas activé l'article 267 TFUE.

(82) Conformément au libellé du mandat d'arrêt tel que modifié en 2009 et plus particulièrement à l'article 4 bis, § 1, a. i) qui dispose que l'intéressé « a eu connaissance du procès ». Voir la décision-cadre du 2009/299/JAI/ du Conseil du 26 févr. 2009, JOUE 27 mars 2009.

l'Union. La portée d'une telle interrogation est double ; en effet, si elle achoppe directement sur la validité de l'article 4 bis, elle engendre également, en creux, une interprétation des articles de la Charte relatifs au droit d'accès à un tribunal impartial (art. 47, § 2) et aux droits de la défense (art. 48, § 2). Une interprétation dont on conviendra qu'elle est particulièrement importante. La troisième interrogation (véritable casse-tête dogmatique et pragmatique) a trait au sulfureux article 53 de la Charte dont on sait qu'il généra les conjectures les plus débridées quand il fit son apparition dans le paysage normatif européen (83). Le Tribunal désire savoir si l'article 53, interprété de façon systématique avec les droits reconnus aux articles 47, § 2, et 48, § 2, de la Charte, permet à un État membre de conditionner la remise d'une personne condamnée en son absence à la révision du jugement dans l'État d'émission, octroyant ainsi à ces droits une meilleure protection que celle qui découle du droit de l'Union. Il est en effet évident que l'interprétation délivrée par le Tribunal constitutionnel espagnol de la portée du droit à un procès équitable est particulièrement compréhensive. En effet, pour la Haute juridiction espagnole, qu'il s'agisse d'une extradition ou d'un mandat d'arrêt, toute condamnation pénale prononcée en l'absence de l'accusé doit automatiquement être soumise à une nouvelle procédure de jugement ou faire l'objet d'un appel. Une telle vision maximaliste des droits de la défense dans le cadre de la « remise » est évidemment problématique dans le cadre d'une Union de droit, censée fonctionner sur la base et l'effectivité de « valeurs communes ».

On prend donc la mesure de l'extrême importance des questions soulevées par le renvoi : le Tribunal constitutionnel espagnol met au pied du mur le juge de l'Union. En effet, ce qu'il faut relever à ce stade, c'est que le Tribunal constitutionnel présente trois possibles interprétations de la clause horizontale de l'article 53. Si d'aventure la Cour de justice se prononce sur la troisième et terriblement complexe interrogation formulée par le juge constitutionnel espagnol, quelle sera l'interprétation qui emportera l'adhésion des « sages » du Plateau de Kirchberg ? La première, celle qui envisage cette disposition comme un simple standard minimal de protection (identique à l'article 53 de la Convention européenne) et qui a la préférence de l'Espagne ? Le deuxième qui consiste à l'envisager comme une clause qui participe à « délimiter le champ d'application et de la Charte et des Constitutions nationales » ? Ou enfin la troisième qui est en réalité une sorte de fusion des deux premières ? Et le Tribunal d'en profiter pour affirmer que la réponse de la Cour devrait

---

(83) Parmi une littérature abondante sur cette disposition, on renvoie à l'analyse de L. Azoulai, Article II-113 Niveau de protection, in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade, F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 689-714 ; de J.B. Liisberg, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, Jean Monnet Working Paper, 4/09.

se baser sur les faits concrets de l'espèce afin de délivrer une réponse concrète, pour ne pas dire pragmatique, devant un tel conflit de droits... (FJ n° 7 c.). À la Cour de justice, désormais, d'être à la hauteur d'un renvoi préjudiciel de premier ordre.

b. *Les conséquences des saisines des Cours constitutionnelles*

Une fois que les Cours constitutionnelles ont posé une ou plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice et une fois que cette dernière a rendu son arrêt préjudiciel, de quelle manière les gardiens des Constitutions donnent suite à la réponse en provenance des sages du Plateau de Kirchberg ? L'interrogation est importante : elle révèle de façon concrète et effective la manière dont les juges constitutionnels entendent ou non entrer dans l'ère dialogique de façon constructive, entendent ou non appliquer au mieux le droit européen en étant des « juges loyaux de droit de l'Union » sans évidemment renier leur office constitutionnel. Seront-ils sourcilleux de préserver les intérêts des États en utilisant au maximum les possibilités offertes par la réponse de la Cour ou opteront-ils, sans ambages, pour une approche *pro integrationae* ? 2011 s'avère être une année très riche en la matière. En effet, la Cour constitutionnelle leader en matière de renvoi, celle qui a opté pour un dialogue décomplexé avec la Cour de Luxembourg — la Cour belge pour ne pas la nommer (84) — a pris acte à quatre reprises des réponses de la Cour de justice consécutives à ses interrogations préjudicielles. Ainsi, suite aux arrêts préjudiciels rendus dans les affaires *ASBL* (85) (discrimination au regard du sexe dans le domaine des assurances), *Bressol et Chaverot* (86) (accès à l'enseignement supérieur dans le champ médical), *SA Base* (87) (service universel en matière de télécommunications) et *I.B.* (88) (mandat d'arrêt européen), la Cour constitutionnelle tira les conséquences des réponses fournies par la Cour de justice suite à ses décisions de renvoi qui portaient tout à la fois sur l'interprétation (*Service universel, Bressol et Chaverot, I.B.*), mais

---

(84) Sur les subtilités et les particularités du droit constitutionnel belge à l'endroit du droit de l'Union, on lira avec intérêt deux études de M. Verdussen, « La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2011, pp. 81-109 et « Le droit de l'Union européenne jouit-il en Belgique d'une singularité constitutionnelle par rapport au droit international ? », *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maïtrot de la Motte, S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, 2012, pp. 87-105 (Préface d'Alain Pellet ; Col. Cahiers européens, n° 2).

(85) CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2011, *ASBL* (Test-achat *ASBL*).

(86) CJUE, 13 avril 2010, *Bressol et Chaverot*, C-73/08. Cet arrêt est la réponse à la question posée le 22 février 2008 par la Cour constitutionnelle belge.

(87) CJUE, 6 octobre 2010, *Base NV, Euphony Benelux NV, Mobistar SA, Uninet International NV, T2 Belgium NV, KPN Belgium NV*.

(88) CJUE, 21 octobre 2010, *I.B.* (Mandat d'arrêt européen II). Cet arrêt est la réponse à la question posée le 24 juillet 2009 par la Cour constitutionnelle belge.

également l'appréciation de validité (*ASBL*, v. *supra*) du droit de l'Union... Le constat est marqué par l'extraordinaire empathie dialogique de la Cour belge : elle est assurément un détonnant « juge loyal du droit de l'Union » tout en continuant, avec brio et subtilité, à être un juge constitutionnel de bon aloi. Dans chaque affaire, elle a mis en marche une interprétation conforme du droit dérivé de l'Union à l'égard de la Constitution. Du coup, sa loyauté duale (à la Constitution et au droit « unional ») ne souffre d'aucune fracture. Le duel des allégeances n'a pas eu lieu. En un mot, la Cour constitutionnelle belge est assurément un excellent « partenaire » (89) de la Cour de justice.

Dans l'arrêt du 27 janvier 2011 (90), la Cour constitutionnelle s'alignait de façon exceptionnelle sur la réponse de la Cour de justice (CJUE, 6 octobre 2010, *SA Base*, C-389/08) à la question qu'elle avait formulée le 8 septembre 2008 relative à l'interprétation de l'article 12 de la directive service universel du 7 mars 2002 (directive 2002/22/CE). L'affaire était intéressante en ce que le jour même où la Cour de justice répondait à la Cour constitutionnelle (le 6 octobre 2010), elle rendait également un arrêt en constatation de manquement (affaire C-222/08) où elle relevait l'incurie de la Belgique dans la correcte mise en œuvre de la directive « service universel ». Du coup, il aurait été étonnant que le juge constitutionnel ignorât — tant la réponse préjudicielle que le constat de manquement — qui se rejoignent entièrement sur le fond. Sa décision fut donc claire et nette : « Il découle de la motivation des arrêts précités de la Cour de justice que le législateur, en traitant tous les opérateurs de la même manière, comme l'affirme le Conseil des ministres dans ses mémoires et dans le mémoire complémentaire déposé postérieurement aux arrêts de la Cour de justice, et ainsi qu'il ressort également des travaux préparatoires (Doc. parl., Chambre, 2006-2007, DOC 51-2873/011, p. 3), et en constatant que la fourniture du service universel constitue réellement pour tous les opérateurs une charge injustifiée indemnizable, sans avoir calculé les coûts nets que cette charge entraîne pour chaque entreprise, a violé l'article 13 de la directive sur le service universel. En ce que le législateur traite en l'espèce tous les opérateurs de manière identique, alors que les articles 12 et 13 de la directive sur le service universel exigent un traitement différencié de tous les opérateurs *in concreto*, il a également violé le principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution. En effet, ce principe s'oppose à ce que des catégories de personnes qui se trouvent dans des situations essentiellement différentes au regard de la mesure considérée soient traitées de manière identique sans qu'existe pour ce faire une justification raisonnable. » (point B.10.) On le voit bien : enfreindre le droit de l'Union, c'est également enfreindre la Constitution. Cette équation

(89) L'expression de Marc Verdussen, « La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, 2011, pp. 81-109.

(90) Cour constitutionnelle belge, 27 janvier 2011, n° 7/2011.

ne peut fonctionner que si le droit constitutionnel est entièrement analysé et interprété à la lumière des standards européens...

Dans l'arrêt du 24 février 2011 (91), la Cour constitutionnelle belge s'est également alignée sur l'interprétation délivrée par la Cour de justice (CJUE, 21 octobre 2010, *I.B.*, C-306/09) relatives à certaines modalités pratiques de mise en œuvre du mandat d'arrêt européen (92). La Cour constitutionnelle — qui avait été elle-même saisie par le juge *a quo* — se posait la question de savoir si un mandat d'arrêt européen délivré aux fins d'exécution d'une condamnation rendue par défaut empêchait de subordonner la remise d'une personne résidant sur le territoire national à la condition que cette personne soit renvoyée dans l'État d'exécution afin d'y subir la peine qui serait prononcée définitivement à son encontre. Cette interrogation de la Cour constitutionnelle donna lieu à l'arrêt *I.B.* où la Cour de justice conclut à la possibilité pour un État membre de soumettre l'exécution d'un mandat à de telles conditions. En effet, pour la Cour de Luxembourg, en disposant que l'exécution du mandat d'arrêt européen peut respectivement être refusée lorsque la personne « demeure dans l'État membre d'exécution, en est ressortissante ou y réside » ou être conditionnée lorsque la personne « est ressortissante ou résidente de l'État membre d'exécution », les articles 4, point 6), et 5, point 3), de la décision-cadre « ont notamment pour but d'accorder une importance particulière à la possibilité d'accroître les chances de réinsertion sociale de la personne recherchée » (*I.B.*, C-306/09, point 52). Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle belge délivra une interprétation *pro integrationae* de la loi belge de 2003 qui avait transposé la décision-cadre sur le mandat d'arrêt. Elle le fit de manière intéressante en présentant deux interprétations possibles de ladite loi : l'une contraire à la constitution (et ce faisant contraire au droit de l'Union) ; l'autre à l'inverse conforme à la Constitution (et par ricochet conforme au droit de l'Union) (93)... Devant une telle approche, on voit mal

---

(91) Cour constitutionnelle belge, 24 février 2011, n° 28/2011.

(92) Sur l'importance du droit pénal dans le champ de l'Union, on se reportera avec profit à l'ouvrage intitulé *Droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), Paris, SLC, 2012, 336 p. (vol. n° 28).

(93) Ainsi se lit le dispositif de la décision du 24 février 2011 : « L'article 8 de la loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen viole les articles 10 et 11 de la Constitution s'il est interprété comme ne permettant pas au juge de subordonner la remise d'une personne, de nationalité belge ou résidant en Belgique, qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen aux fins d'exécution d'une peine prononcée par défaut, sans que cette personne ait été informée de la date et du lieu de l'audience ayant précédé la condamnation, contre laquelle elle dispose encore d'une faculté de recours, à la condition que cette personne soit renvoyée en Belgique pour y subir la peine qui serait prononcée à son encontre, de manière définitive, dans l'État d'émission.

— La même disposition ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution si elle est interprétée comme permettant au juge de subordonner la remise d'une personne, de nationalité belge ou résidant en Belgique, qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt

comment le juge *a quo* par la suite pourra ne pas opter pour la bonne interprétation conforme, et à la Constitution, et au droit de l'Union...

Dans son arrêt du *31 mai 2011* (94), la Cour constitutionnelle belge — dans l'affaire *Bressol et Chaverot* — n'a accueilli que partiellement le recours en annulation contre le décret de la Communauté française du 16 juin 2006, qui régula le nombre d'étudiants non-résidents dans certains cursus médicaux et paramédicaux de l'enseignement supérieur de la Communauté française. Partant, la limitation du nombre d'étudiants non-résidents pouvant s'inscrire à certaines formations a donc été maintenue. Il ne s'est pas agi ici d'une attitude de défiance à l'égard de la réponse de la Cour de justice, mais bien au contraire d'une utilisation subtile des possibilités dérogatoires qu'elle avait elle-même énoncée... Elle avait en effet jugé — dans son arrêt du *13 avril 2010* — que l'inégalité de traitement instaurée par le décret de la Communauté française constituait une discrimination fondée indirectement sur la nationalité, à moins qu'elle ne puisse être justifiée par l'objectif visant à maintenir un niveau élevé de protection de la santé publique, ce qu'il appartenait, selon la Cour, au juge national de vérifier. Appliquant les différents critères énoncés par la Cour de justice, la Cour constitutionnelle s'est fondée sur des données chiffrées fournies par le gouvernement de la Communauté française afin d'examiner, pour chaque cursus concerné, le caractère adéquat et proportionné de la restriction en cause. S'agissant des formations en kinésithérapie et en médecine vétérinaire, la Cour constitutionnelle s'est fondée sur plusieurs études et d'autres listes de professions qui connaissent actuellement une pénurie de main-d'œuvre. À la lumière de ces données, elle a tout d'abord constaté l'existence d'une pénurie du nombre de kinésithérapeutes en Communauté française, ainsi qu'un nombre excessif d'étudiants en médecine vétérinaire, révélant ainsi l'existence d'un risque effectif pour la santé publique. Elle a ensuite vérifié que la limitation du nombre d'étudiants non-résidents avait effectivement permis — et permettrait à l'avenir — d'augmenter le nombre de kinésithérapeutes et d'améliorer la qualité de l'enseignement fourni aux médecins vétérinaires prêts à assurer la disponibilité des services de santé correspondants. Enfin, s'agissant de la proportionnalité de la restriction en cause, la Cour constitutionnelle a constaté, d'une part, que celle-ci n'empêchait pas un accès large aux études concernées (en moyenne, 10 % d'étudiants non-résidents) et, d'autre part, que le système du tirage au sort prévu par le décret pour sélectionner les étudiants non-résidents était le moins sujet à controverse (contrairement à un système de sélection sur dossier ou d'inscription par ordre d'arrivée des demandes). En revanche, la Cour constitutionnelle

---

européen aux fins d'exécution d'une peine prononcée par défaut, sans que cette personne ait été informée de la date et du lieu de l'audience ayant précédé la condamnation, contre laquelle elle dispose encore d'une faculté de recours, à la condition que cette personne soit renvoyée en Belgique pour y subir la peine qui serait prononcée à son encontre, de manière définitive, dans l'État d'émission. » (C'est nous qui soulignons).

(94) Cour constitutionnelle belge, 31 mai 2011, n° 89/2011.

a annulé le décret attaqué en ce qui concerne les autres formations concernées (sage-femme, ergothérapie, etc.), en l'absence de données précises laissant apparaître une diminution de la qualité de l'enseignement dans ces filières. C'est donc sur la base d'une analyse extrêmement fouillée et respectueuse de la réponse et des possibilités offertes par la Cour de justice que la Cour constitutionnelle a mis un terme à une affaire des plus délicates sur le plan politique ayant d'ailleurs, à plusieurs reprises, fait la « une » des médias en Belgique comme en France...

Dans son arrêt du *30 juin 2011* — rendu très rapidement après que la Cour de justice ait déclaré l'invalidité de l'article 5 § 2 de la directive 2004/113 dans son arrêt *ASBL* du *1<sup>er</sup> mars 2011* (v. *supra*) — la Cour constitutionnelle s'est entièrement alignée sur la jurisprudence de la Cour de justice en allant même au-delà du constat d'une invalidité « circonscrite » (à une seule disposition...). Estimant que son contrôle devait être « plus strict » dès que « le principe fondamental d'égalité des sexes est en cause » (point B.11 in fine), elle n'hésita pas à annuler intégralement la loi nationale qui avait scrupuleusement transposé la directive 2004/113 (95), tandis qu'elle s'alignait également sur la marge de manœuvre temporelle déclinée par la Cour de Luxembourg. Et d'affirmer, dans un souci de cohérence (avec la CJUE) et de pragmatisme (juridique) que : « Comme la Cour de justice, la Cour estime que l'octroi d'une période de transition est indiqué. D'une part, celle-ci est de nature à permettre aux compagnies d'assurances de s'adapter aux nouvelles conditions résultant du présent arrêt et de l'arrêt de la Cour de justice du 1<sup>er</sup> mars 2011 et de modifier leurs produits en conséquence ; d'autre part, il ne peut être fait abstraction du fait que l'annulation, avec effet rétroactif, de la loi attaquée, et en particulier de son article 3, aurait pour effet de faire revivre l'ancien article 10 de la loi précitée du 10 mai 2007, dont le paragraphe 3 limitait au plus tard au 21 décembre 2007 la validité de la dérogation autorisée par le paragraphe 1<sup>er</sup> du même article 10. Le fait de laisser au législateur la faculté, et le temps, d'intervenir à nouveau en la matière lui permet de déterminer si l'interdiction de distinctions fondées sur le sexe dans la fixation des primes et prestations d'assurance, à la date à laquelle cette interdiction sortira ses effets, s'applique, ou non, également aux contrats conclus antérieurement à

---

(95) « On lira avec profit les passages suivants B.12 et B.13 : « B.12. Pour les motifs indiqués par la Cour de justice dans son arrêt précité du 1<sup>er</sup> mars 2011, en particulier dans les points 30 à 32 — lesquels relèvent notamment une atteinte au principe d'égalité de traitement des femmes et des hommes consacré aux articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne —, la différence de traitement en cause n'est pas susceptible d'une justification raisonnable. Ce constat vaut tant pour l'article 3 de la loi attaquée que pour son article 4, qui organise un régime transitoire ; il vaut aussi pour les autres dispositions de la loi du 21 décembre 2007, compte tenu de leur connexité avec ces articles 3 et 4. B.13. Le premier moyen est fondé. En conséquence, il y a lieu d'annuler la loi attaquée dans son intégralité. » (C'est nous qui soulignons).

ladite date — question au sujet de laquelle les parties divergent. B.16.2. Les effets des dispositions annulées sont, en conséquence, maintenus jusqu'au 21 décembre 2012 au plus tard ».

Ces exemples démontrent à l'envi que le dialogue entre les plus hautes juridictions (en l'occurrence celle d'un État, la Belgique) et celle de l'Union, peut être un dialogue constructif marqué par une concorde maximale.

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

