



HAL
open science

L'État de droit : le concept au travail en droit de l'Union européenne

Vincent Réveillère

► **To cite this version:**

Vincent Réveillère. L'État de droit : le concept au travail en droit de l'Union européenne. *Revue des Affaires européennes/Law European & Affairs*, 2019. hal-02310605

HAL Id: hal-02310605

<https://hal.science/hal-02310605v1>

Submitted on 10 Oct 2019

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.

L'État de droit : le concept au travail en droit de l'Union européenne

Vincent Réveillère, Maître de conférences, Université d'Aix-Marseille

This contribution investigates the concept of rule of law in the discourse of EU law: When is the concept used? What does it mean? What does it allow doing? The expression first appears in the Treaty of Maastricht and is classically used to affirm a value that is common to the EU and to the Member States. In the current context of crisis of the rule of law, the debate mainly deals with the enforcement of the rule of law by the Member States: scholars typically highlight the weaknesses of article 7 TEU and seek alternative enforcement mechanisms. In the Court's case law, the concept has been used to state that the EU is "a Union based on the rule of law". In some famous cases, this sentence has served to justify the recognition of new remedies and procedures for the Court to review the legality of EU measures. Quite paradoxically, in other cases, it has also served to justify the affirmation that this recognition was not necessary. Interestingly, in a series of rulings in 2008, the Court established a connection between the enforcement of the rule of law by the Member States and the affirmation of a Union based on the rule of law. This case law has led to a Europeanization of the concept of rule of law, which goes hand in hand with a process of judicialization: national and European courts acquire a central role in supervising the respect of rule of law by the Member States.

Apparaissant déjà comme un des « maîtres-mots de l'Occident » en 1957, le concept d'État de droit – « en quelque langue qu'on la formule : *Rechtstaat*, *Rule of law*, principe de légalité¹ » – semble de nos jours une « référence incontournable² », au point de tenir lieu de « sens commun de la politique globale³ ». Brian Tamanaha affirme qu'« aucun idéal politique n'a jamais atteint un tel degré d'adhésion⁴ ». Il ajoute immédiatement que ce succès n'est sans doute pas sans lien avec le caractère « insaisissable » du concept : l'unanimité quant à la nécessité de respecter l'État de droit n'implique ni que tous les gouvernements agissent en fait pour préserver celui-ci, ni qu'il y ait un accord général sur ce que cela signifie. Ainsi peut-on dire que si l'on se réclame très largement de l'État de droit, on s'accorde difficilement sur sa signification ou sur ses implications pratiques. Les débats théoriques sur le concept ne sont pas en reste : de la critique du « pléonasme⁵ » à l'interrogation pour savoir si la locution

¹ RIVERO J., « L'Etat moderne peut-il être encore un État de droit ? », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1957, p. 67.

² CHEVALLIER J., *L'État de droit*, 6^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 10.

³ MAY C., *The Rule of Law: The Common Sense of Global Politics*, Cheltenham, Edward Elgar Pub, 2014.

⁴ TAMANAHA B.Z., *On the rule of law: history, politics, theory*, CUP, 2004, p. 1s. Dans sens, Joseph Raz explique que : « Not uncommonly when a political ideal captures the imagination of large numbers of people its name becomes a slogan used by supporters of ideals which bear little or no relation to the one it originally designated », RAZ J., « The Rule of Law and its Virtue », *The authority of law : essays on law and morality*, Second edition., OUP, 2009, p. 210.

⁵ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par Charles EISENMANN, 2^{ème} éd., Paris - Bruxelles, LGDJ - Bruylant, 1999, p. 304. Pour une reprise de cette critique, V. TROPER M., « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, n° 15, p. 51-63.

doit être vue comme un « concept essentiellement contesté », au sens de Gallie, ou comme un simple réceptacle dénué de signification⁶ ?

Bien que ces controverses soient importantes, nous en ferons abstraction dans le cadre de cette contribution dont l'objet est limité. En suivant un conseil que Hart reprenait déjà à Wittgenstein, nous nous intéresserons au concept d'État de droit lorsqu'il est au travail dans certaines pratiques discursives⁷. Autrement dit, plutôt que d'entreprendre une réflexion sur la nature ou la définition du concept, nous partirons des usages de celui-ci en droit de l'Union européenne : quand parle-t-on de l'État de droit et que cela permet-il de dire et de faire ? Ce faisant, nous nous inscrirons certes dans une certaine approche du langage – inférentielle et pragmatique⁸ –, mais nous répondrons aussi, plus pratiquement, à un souci de plus en plus largement partagé en doctrine : « replacer » le concept d'État de droit dans l'arène des débats juridiques⁹.

Les termes d'État de droit font leur apparition dans les traités communautaires avec le Traité de Maastricht, dans son préambule ainsi que dans le cadre des dispositions du traité relatives aux relations extérieures¹⁰. Avec le Traité d'Amsterdam, l'article 6 TUE mentionne l'État de droit comme un des « principes » sur lesquels l'Union européenne est fondée, commun aux États membres, à côté de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le Traité de Lisbonne ajoute une nouvelle mention de l'État de droit dans le préambule, présenté comme une des « valeurs universelles » dont s'inspirent les rédacteurs du traité. Il mentionne l'État de droit, cette fois non comme un des principes mais comme une des « valeurs » sur lesquelles l'Union est fondée, commune aux États membres, et dont la violation par ceux-ci peut être sanctionnée dans le cadre de la procédure prévue à l'article 7 TUE introduite par le Traité de Nice. Cette dernière procédure a souvent été présentée comme une réponse au sentiment d'impuissance éprouvé par certains acteurs politiques européens pour réagir, dans le cadre du droit communautaire, à l'arrivée de Jörg Haider au pouvoir en Autriche en 1999.

Depuis lors, l'expression « crise de l'État de droit » a fait florès. En septembre 2013, Viviane Reding a dénoncé de façon remarquée « une véritable crise de l'État de droit » dans certains États membre, mentionnant la France, pour les expulsions de Roms, la Hongrie, pour les déclarations sur la justice lors de la campagne de Viktor Orbán et la Roumanie, pour

⁶ V. nt. WALDRON J., « Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)? », *Law and Philosophy*, 2002, n° 21, p. 137-164.

⁷ « Wittgenstein once said that if we wish to understand our concepts we must consider them when they are “at work”, not when they are “idling” or “on holiday”. » HART H.L.A., « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence », *Essays in jurisprudence and philosophy*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1983, p. 277.

⁸ Pour une présentation plus détaillée de l'approche retenue, V. RÉVEILLÈRE V., *Le juge et le travail des concepts juridiques : le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne - LGDJ, 2018, p. 16s.

⁹ Parmi les ouvrages revendiquant ce positionnement : V. PALOMBELLA G. et N. WALKER, *Relocating the rule of law*, Oxford Portland (Or.), Hart, 2009.

¹⁰ On peut voir une référence indirecte au concept d'État de droit dans le préambule de l'Acte Unique qui énonce que les signataires sont « conscients de la responsabilité qui incombe à l'Europe de s'efforcer [...] de faire tout particulièrement valoir les principes de la démocratie et le respect du droit et des droits de l'homme, auxquels ils sont attachés, afin d'apporter ensemble leur contribution propre au maintien de la paix et de la sécurité internationales conformément à l'engagement qu'ils ont pris dans le cadre de la charte des Nations unies ».

la crise constitutionnelle de l'été 2012¹¹. Actuellement, ce sont essentiellement la Pologne et la Hongrie qui sont désignées comme contrevenant aux impératifs de l'État de droit ; la Commission et le Parlement européen ont même, pour la première fois, demandé au Conseil de constater l'existence d'un risque clair de violation grave de l'État de droit en vertu de l'article 7 TUE¹². Dans ce contexte, les déclarations sur l'État de droit par les institutions européennes sont nombreuses, chaque institution proposant des modalités d'action propres, plus ou moins contraignantes. L'État de droit est également devenu l'un des sujets les plus débattu par la littérature en droit de l'Union européenne, essentiellement sous l'angle d'une réflexion sur le « renforcement » du contrôle exercé sur les États membres¹³.

Une difficulté pour étudier le concept d'État de droit en droit de l'Union européenne est classique dans le cadre d'un système plurilinguistique : il est exprimé de différentes façons dans différentes langues. En outre, plutôt que d'opter pour une translittération, comme dans le cas de la CEDH¹⁴, les termes choisis par les auteurs des traités renvoient à des conceptions nationales antérieures qui diffèrent de façon très importante : que l'on pense par exemple à l'écart entre la *rule of law* de Dicey, le *Rechtsstaat* de Mohl ou l'État de droit de Carré de Malberg¹⁵. Dans le cadre de l'étude proposée dans cet article, ces différences ne jouent qu'indirectement : elles ne changent pas nécessairement ce que le concept permet de faire en droit de l'Union, bien qu'il faille garder en mémoire que les termes utilisés renvoient à des imaginaires différents. On pourrait d'ailleurs en dire de même de la locution communauté de droit et de ses différentes traductions. Forcée dès les origines par Walter Hallstein¹⁶, le terme *Rechtsgemeinschaft* – traduit en français par communauté de droit et en anglais par *a community based on the rule of law* – a été utilisé pour la première fois par la Cour en 1986, dans l'arrêt *Les Verts*¹⁷. Construite sur le modèle de l'État de droit, la locution actuellement utilisée a été adaptée pour prendre la forme d'Union de droit. Ce lien intellectuel justifie que l'usage du concept d'Union de droit soit inclus dans l'étude.

¹¹ http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-677_fr.htm

¹² Pour la Pologne : Commission européenne, Proposition motivée conformément à l'article 7, § 1, du TUE concernant l'État de droit en Pologne, 20 décembre 2017, COM (2017) 835 final. Pour la Hongrie : Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, § 1, du TUE, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131 INL).

¹³ V., par ex., CLOSA C. et D. KOCHENOV, *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, CUP, 2016 ; SCHROEDER W. (dir.), *Strengthening the rule of law in Europe: from a common concept to mechanisms of implementation*, Oxford Portland (Or.), Hart, 2016.

¹⁴ Les termes « prééminence du droit » ont été préférés à « État de droit » pour correspondre aux termes « *rule of law* ». Cela n'empêche toutefois pas la Cour et la plupart des auteurs à traduire couramment les termes « *rule of law* » par « État de droit », V. LAUTENBACH G., *The concept of the rule of law and the European Court of Human Rights*, OUP, 2014, p. 15.

¹⁵ Si nous indiquons ces auteurs c'est qu'il ne faut pas non plus négliger que chacune de ces trois locutions peut renvoyer à des concepts très différents dans chacune de ces traditions. Pour une comparaison et une défense de la particularité de l'État de droit, du *Rechtsstaat* et de la *Rule of law* par des auteurs écrivant dans chacune de ces trois traditions, V. HEUSCHLING L., *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Dalloz, 2002 ; BÖCKENFÖRDE E.W., « Origin and Development of the Concept of the Rechtsstaat », *State, society, and liberty: studies in political theory and constitutional law*, Berg, 1991, p. 47-70 ; LOUGHLIN M., *Foundations of Public Law*, OUP, 2010, p. 312-341.

¹⁶ V. les références données par Armin von Bogdandy, VON BOGDANDY A., « Ways to Frame the European Rule of Law: Rechtsgemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace », *European Constitutional Law Review*, 2018, vol. 14, n° 4, p. 678, note 10.

¹⁷ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » / Parlement européen*, aff. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166.

Nous chercherons donc à dresser un aperçu des principaux usages des concepts d'État de droit et d'Union de droit, en mettant l'accent sur les manipulations récentes qu'ils ont pu subir. L'expression d'État de droit se trouve essentiellement dans les traités et dans le discours des institutions européennes ; elle est actuellement au cœur d'une controverse sur les outils permettant de sanctionner le non-respect de l'État de droit par les États membres (I). Les termes de communauté de droit, puis d'Union de droit, viennent quant à eux justifier une certaine configuration de l'ordonnement des voies de recours en droit de l'Union européenne – renvoyant de façon très large à l'imaginaire de l'État de droit (II). Par des arrêts rendus en 2018, la Cour a dépassé la simple connexion intellectuelle entre les concepts d'Union de droit et d'État de droit. En liant la question du respect de l'État de droit à celle de l'Union de droit, elle met en place de nouveaux mécanismes permettant de contrôler et de sanctionner le respect de l'État de droit par les États membres (III).

I. L'affirmation d'une valeur commune : l'État de droit

Les termes d'« État de droit » sont utilisés dans différents textes pour désigner une valeur commune, promue tant sur le plan externe qu'interne (A). Plus que sur ce qu'implique cette valeur, la controverse institutionnelle et doctrinale porte sur la sanction d'une éventuelle atteinte à l'État de droit par un État membre (B).

A. Proclamer l'État de droit comme une valeur commune

Le préambule du Traité de Maastricht énonce que les chefs d'État signataires « confirm[ent] leur attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit ». Au-delà de celui-ci, l'expression « État de droit » est uniquement mentionnée dans le cadre des dispositions relatives à la coopération, au développement et à la politique étrangère et de sécurité commune. Cette projection externe du principe se trouve désormais à l'article 21 TUE qui mentionne « l'État de droit » parmi les principes sur lesquels repose l'action de l'Union sur la scène internationale, principes « qui ont présidé à sa création, à son développement et à son élargissement et qu'elle vise à promouvoir dans le reste du monde¹⁸ ». Cette prétention universaliste se retrouve dans le préambule du traité énonçant que les signataires s'inspirent « des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe, à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit¹⁹ ». « Principe missionnaire²⁰ » dans les relations extérieures, l'État de droit joue aussi le rôle d'un acquis nécessaire pour rejoindre l'Union européenne : l'article 49 TUE dispose que pour demander

¹⁸ V. aussi l'article 3 § 5 TUE, selon lequel l'Union promeut ses valeurs dans ses relations avec le reste du monde.

¹⁹ La valeur promue comprend tant des dimensions formelles que matérielles de l'État de droit, mais ne présente pas, selon Laurent Pech, de véritable originalité par rapport aux standards posés par d'autres institutions. En la matière, l'Union joue un rôle secondaire au regard d'autres acteurs comme le Conseil de l'Europe. PECH L., « Promoting the rule of law abroad: on the EU's limited contribution to the shaping of an international understanding of the rule of law », D. KOCHENOV et F. AMTENBRINK (dir.), *The European union's shaping of the international legal order*, CUP, 2014, p. 108-129.

²⁰ KONSTADINIDES T., *The rule of law in the European Union the internal dimension*, Hart Publishing, 2017, p. 19.

à devenir membre de l'Union, il faut respecter les valeurs énoncées à l'article 2 et s'engager à les promouvoir.

Initialement, la promotion de la valeur de l'État de droit par l'Union européenne a donc essentiellement été pensée dans le contexte des relations extérieures et de l'accession, la question du respect de l'État de droit par les États membres étant laissée à la sphère étatique. Les Traités d'Amsterdam, de Nice et de Lisbonne ont tous entraîné des modifications visant à promouvoir l'État de droit au sein de l'Union. L'article 2 TUE énonce désormais que l'Union européenne est fondée sur la valeur de l'État de droit, parmi d'autres, et que ces valeurs sont communes aux États membres. L'absence complète de définition de ce que l'on peut entendre par État de droit dans les traités n'est pas sans faire échos aux remarques de Brian Tamanaha et de Joseph Raz sur le succès mondial du concept de la *Rule of law*. L'affirmation d'une valeur commune n'implique pas nécessairement que tous les États s'accordent sur ce qu'elle implique, ni d'ailleurs qu'ils la mettent effectivement en œuvre. Cela est d'autant plus le cas en raison du choix qui a été fait d'exprimer cette valeur par des termes renvoyant à des imaginaires bien constitués mais très différents dans les diverses langues de l'Union européenne.

Toutefois, avec l'adoption en 2014 d'« un nouveau cadre pour renforcer l'état de droit », la Commission offre la première définition par une institution européenne de l'État de droit. « Il garantit que toutes les autorités publiques agissent dans les limites fixées par la loi, conformément aux valeurs de la démocratie et des droits fondamentaux, et sous le contrôle de juridictions indépendantes et impartiales²¹. » Si la Commission reconnaît que la teneur des principes et des normes découlant de l'État de droit peut varier, elle propose une liste non exhaustive des principes définissant la substance de l'État de droit à partir de la jurisprudence de la Cour et de l'expertise de la Commission de Venise : « la légalité, qui, pour l'essentiel, suppose l'existence d'une procédure d'adoption des textes de loi transparente, responsable, démocratique et pluraliste ; la sécurité juridique ; l'interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif ; des juridictions indépendantes et impartiales ; un contrôle juridictionnel effectif, y compris le respect des droits fondamentaux ; et l'égalité devant la loi²² ». Si cette tentative de définition peut être saluée, force est de reconnaître que le concept reste très vague, ce qui permet de recouvrir les différentes traditions nationales.

B. S'interroger sur la justiciabilité de l'atteinte à l'État de droit

Ce qui a fait l'objet de controverses n'est toutefois pas tant la question de la définition abstraite de ce que se conformer à la valeur de l'État de droit implique que la détermination des organes habilités à déterminer si un État respecte ou non cette valeur et les conséquences qui en découlent. Cette question peut être présentée comme relevant de la « justiciabilité » de l'État de droit. Elle se trouve au cœur de la détermination du concept juridique, puisqu'elle revient à déterminer quand le concept peut être mobilisé et quelles en sont les conséquences juridiques. Si d'autres voies ont pu être envisagées, il était en général admis, jusqu'aux arrêts rendus par la Cour en 2018, que la violation de l'État de droit par un État membre ne pouvait être sanctionnée en tant que telle que par le mécanisme prévu par l'article 7 TUE, solution

²¹ Commission, « Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit », COM/2014/0158 final.

²² *Ibid.*

parfois qualifiée de « nucléaire », ou bien par l'intermédiaire de la procédure du recours en manquement des articles 258 à 260 TFUE, qui suppose toutefois que l'État manque, au surplus, à une obligation découlant des traités.

Le mécanisme de l'article 7 TUE organise une procédure visant à prévenir et sanctionner la violation par un État membre des valeurs énoncées à l'article 2 TUE, et donc, parmi celles-ci, de l'État de droit. De manière préventive, le premier paragraphe prévoit que le Conseil peut, à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres, « constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2 », sur proposition d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission européenne. Le second paragraphe dispose que le Conseil européen peut, à l'unanimité, « constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2 », sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission européenne, et après approbation du Parlement européen. Dans ce cas, des mesures répressives peuvent être adoptées par le Conseil à la majorité qualifiée : celui-ci peut décider de suspendre certains droits de l'État membre concerné, y compris le droit de vote de son représentant au Conseil. Il existe un large consensus pour dire que l'article 7 TUE s'applique sans qu'il soit nécessaire que les actions reprochées à l'État en cause tombent dans le champ d'application du droit de l'Union européenne.

Devant la difficulté de mobiliser l'article 7 TUE et les limites de la procédure du recours en manquement, qui suppose la violation d'une obligation découlant du droit de l'Union, la Commission a présenté en mars 2014 le « nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit » dont est issue la définition de l'État de droit précitée. Par cette communication, elle annonce comment elle compte exercer son rôle afin d'éviter que l'apparition d'une menace systémique envers l'État de droit puisse se transformer en risque clair de violation grave des valeurs au sens de l'article 7 TUE²³. Cette communication a fait l'objet de vifs débats. Estimant que le nouveau cadre était dépourvu de base juridique et qu'il allait à l'encontre du principe d'attribution des compétences, le service juridique du Conseil a envisagé une action intergouvernementale en dehors du droit de l'Union européenne mais incluant la Commission²⁴. Le Conseil de l'Union et le Parlement européen ont également proposé de nouveaux instruments : le premier, l'entretien d'« un dialogue constructif » avec les États membres concernés ; le second, la conclusion d'un « pacte pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux²⁵ ».

²³ Le cadre, qui peut être vu comme une étape préalable à l'article 7, est un processus en trois étapes : l'évaluation par la Commission de la menace systémique pesant sur l'État de droit ; en l'absence de solution, l'émission d'une « recommandation sur l'État de droit » ; et, enfin, le suivi de la recommandation qui s'il ne s'avère pas satisfaisant peut conduire à la mobilisation de l'article 7 TUE.

²⁴ Service juridique du Conseil, « Commission's Communication on a new EU Framework to strengthen the Rule of Law : compatibility with the Treaties », 27 mai 2014, 10296 /14, accessible à l'adresse suivante : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10296-2014-INIT/en/pdf>

²⁵ V. respectivement : Conseil de l'Union européenne, présidence, Garantir le respect de l'État de droit dans l'Union européenne, 14 novembre 2014, 15206/14 et Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2016 contenant des recommandations à la Commission sur la création d'un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux, 2015/2254(INL). Pour une présentation de ces deux mécanismes, V. WAELBROECK M. et P. OLIVER, « La crise de l'Etat de droit dans l'Union européenne : que faire ? », *Cahiers de droit européen*, 2017, vol. 26, p. 322s.

Les institutions de l'Union jouent donc un rôle variable dans le cadre des différents mécanismes présentés. Si la Cour et la Commission ont un rôle fondamental dans le cadre du recours en manquement, la procédure prévue par l'article 7, la seule explicitement liée à l'État de droit par les Traités, est en revanche aux mains des institutions représentant les États. Bien que l'approbation du Parlement soit nécessaire, aux deux tiers des suffrages exprimés et à la majorité de ses membres, l'exigence d'une majorité des quatre cinquième pour le Conseil et de l'unanimité pour le Conseil européen donne une claire tonalité intergouvernementale au processus décisionnel²⁶. Le rôle de la Commission dans la procédure de l'article 7 est en apparence limité, puisqu'elle se limite à partager l'initiative avec le Parlement et les États. Il n'est toutefois pas sans importance en pratique, comme le montre l'adoption du nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit, concept qui figure depuis 2014 dans l'intitulé du portefeuille de son premier vice-président : « Amélioration de la réglementation, relations institutionnelles, état de droit et Charte des droits fondamentaux ».

Le mécanisme de l'article 7 TUE ne laisse en revanche quasiment aucune place à la Cour. Signe de la méfiance des rédacteurs des Traités, son rôle est même explicitement limité par l'article 269 TFUE au contrôle du respect des conditions procédurales, à la demande de l'État membre qui fait l'objet d'une constatation du Conseil européen ou du Conseil. Cette défiance à l'égard du juge peut étonner dans le cadre d'un mécanisme de protection de l'État de droit. Sans qu'il soit nécessaire de s'accorder sur une acception précise de ce qu'implique l'État de droit, on peut en effet observer qu'il est de manière générale associé au contrôle juridictionnel de l'action publique. Ce décalage entre les sanctions prévues par le traité en cas d'atteinte à l'État de droit et les attentes que suscitent les termes explique certainement, au moins pour partie, que de nombreux auteurs se soient interrogés sur les outils qui permettraient d'améliorer le respect de l'État de droit par les États membres²⁷. Il explique sans doute également que les États membres aient jugés utile de limiter drastiquement le rôle de la Cour dans les textes, pressentant qu'elle pourrait se saisir de cette référence pour justifier l'extension de son contrôle. Avant de voir que dans ses arrêts rendus en 2018, la Cour a pu trouver un fondement à son action en dehors de l'article 7 TUE, il convient de faire un détour par sa jurisprudence sur l'Union de droit.

²⁶ Processus duquel les représentants de l'État membre concerné sont écartés. V. art. 354 TFUE.

²⁷ Sans qu'il soit possible d'exposer ce débat ici, il faut souligner qu'il s'agit d'une des principales préoccupations de la littérature sur la question ces dernières années. La recherche, sans modification des traités, de solutions juridiques permettant de sanctionner les atteintes à l'État de droit est par exemple le propos de l'ouvrage édité par Carlos Closa et Dimitry Kochenov : V. CLOSA C. et D. KOCHENOV, *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, *op. cit.*

II. La justification d'un ordonnancement juridique : l'Union de droit

L'affirmation selon laquelle « la Communauté est une communauté de droit » peut être lue comme un renvoi au modèle de l'État de droit²⁸. De façon singulière, couplée avec l'affirmation de l'existence d'un système complet de voies de recours, elle est tant utilisée pour justifier l'ouverture de nouvelles possibilités de contester les actes des institutions de l'Union (A) que pour justifier que cela n'est pas nécessaire (B).

A. Compléter le système de voies de recours

L'expression « communauté de droit » a été utilisée pour la première fois par le juge communautaire dans l'arrêt *Les Verts*, en 1986. La Cour affirme de façon célèbre « que la communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité, spécialement [...] le traité a institué un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de légalité des actes des institutions²⁹ ». En l'espèce, le recours à la notion de communauté de droit permet à la Cour de justifier qu'elle puisse connaître des actes du Parlement européen produisant des effets à l'égard des tiers, alors que ces derniers n'étaient pas mentionnés dans les actes susceptibles de recours en annulation.

La formule se trouve dans des arrêts postérieurs visant à élargir les cas dans lesquels le juge de l'Union peut se prononcer, comme dans l'arrêt *Weber*, dans lequel la Cour admet la recevabilité du recours d'une ancienne parlementaire contre une décision du Parlement lui refusant une indemnité transitoire de fin de mandat³⁰. Toujours dans la même perspective, le Tribunal estime dans l'arrêt *Sogelma* qu'il faut déduire de l'arrêt *Les Verts* « le principe général que tout acte émanant d'un organisme communautaire destiné à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers doit être susceptible d'un contrôle juridictionnel. [...] il ne saurait être acceptable, dans une communauté de droit, que [des actes destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers adoptés par l'agence européenne pour la reconstruction] échappent à un contrôle juridictionnel³¹. »

La connexion avec les droits fondamentaux intervient dans l'affaire *Kadi*. Reprenant la formule de l'arrêt *Les Verts*, la Cour déclare d'abord qu'un traité international ne saurait remettre en cause l'autonomie du système juridique communautaire dont elle est garante, avant d'ajouter que, le respect des droits fondamentaux étant une condition de légalité des actes communautaires, « le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que

²⁸ Dans une perspective plus large, Antoine Vauchez a montré comment l'affirmation en doctrine et chez différents acteurs politiques d'une « communauté de droit » s'inscrit dans la construction d'une communauté par le droit. V. VAUCHEZ A., *L'Union par le droit : l'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, coll.« Gouvernances », 2013, p. 181s.

²⁹ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » / Parlement européen*, préc., point 23.

³⁰ CJCE, 23 mars 1993, *Beate Weber / Parlement européen*, aff. C-314/91, ECLI:EU:C:1993:109, point 8.

³¹ TPICE, 8 octobre 2008, *Sogelma / AER*, T-411/06, ECLI:EU:T:2008:419, point 37.

système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte³². » Ce lien entre la communauté de droit et le respect des droits fondamentaux et des principes généraux du droit se trouve désormais enserré dans une formule stéréotypée que la Cour réitère dans différents arrêts : « l'Union est une Union de droit dans laquelle tout acte de ses institutions est soumis au contrôle de la conformité avec, notamment, les traités, les principes généraux du droit ainsi que les droits fondamentaux³³ ».

Dans les cas présentés jusqu'à présent, l'affirmation selon laquelle « l'Union est une Union de droit », accompagnée de l'affirmation de l'existence d'un « système complet de voies de recours », vient justifier que la Cour reconnaisse des voies de recours qui ne sont pas explicitement prévues par les traités. Ces affirmations peuvent au premier abord être perçues comme donnant une représentation du monde – en l'espèce, une description du système juridique de l'Union. Elles fonctionnent en réalité de façon plus complexe. Il y a tout d'abord quelque chose de l'antiphrase : la Cour affirme que l'Union est une Union de droit et que le système de voies de recours est complet dans un contexte où elle semble précisément considérer que tel n'est pas, ou pas suffisamment le cas. Il y a aussi quelque chose de normatif dans ces affirmations : la Cour signifie que l'Union devrait être une Union de droit et comprendre un système complet de voie de recours. Enfin, ces affirmations présentent également un aspect performatif : en affirmant que les voies de recours sont complètes la Cour en reconnaît de nouvelles.

Dans cette perspective, affirmer que l'Union est une Union de droit peut correspondre à la construction d'une « lacune axiologique » au sens de Riccardo Guastini³⁴ ou, dans une perspective différente, celle de Paul Kahn, à la présentation de l'Union comme « une forme défectueuse de quelque chose d'autre qu'elle-même³⁵ ». L'affirmation que l'Union est une Union de droit est une référence à ce que devrait être l'Union si elle se conformait aux principes de l'État de droit. Toutefois, pour que l'argument puisse fonctionner, il n'est pas nécessaire de s'entendre précisément sur ce qu'implique l'État de droit : le recours à la locution et ses différentes traductions, chargées de significations et de représentations diverses, suscite certaines attentes et permet de justifier certaines solutions. De la jurisprudence de la Cour, on peut essentiellement déduire que concevoir l'Union comme une Union de droit implique en principe l'existence de voies de recours contre les actes des institutions permettant d'assurer leur conformité à un certain nombre de normes de

³² *Ibid.*, point 316. Pour la confirmation et la réitération de l'affirmation : CJUE, 18 juillet 2013, *Commission e.a. / Kadi*, aff. C-584/10 P, ECLI:EU:C:2013:518 point 66.

³³ Pour un exemple récent, V. CJUE, 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.*, aff. C-426/16, ECLI:EU:C:2018:335, point 38. On retrouve exactement la même formule dans l'arrêt *Schrems* (CJCE, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, point 60) et une formule quasiment similaire dans différents arrêts : CJUE, 19 décembre 2013, *Telefónica / Commission*, aff. C-274/12 P, ECLI:EU:C:2013:852, point 56 ; CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. / Parlement et Conseil*, aff. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, point 91 ; CJUE, 29 juin 2010, *E et F*, aff. C-550/09, ECLI:EU:C:2010:382, point 44 ; CJUE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores / Conseil*, aff. C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462, point 38. Il arrive que la Cour ne mentionne pas le respect des droits fondamentaux mais simplement celui du traité et des principes généraux du droit dans la formule : V. en ce sens : CJUE, 26 juin 2012, *Pologne / Commission*, aff. C-335/09 P, EU:C:2012:385, point 48.

³⁴ GUASTINI R., « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, 2013, n° 19, p. 113-129, note 15.

³⁵ KAHN P.W., *The cultural study of law : reconstructing legal scholarship*, University of Chicago Press, 1999, p. 92.

référence, parmi lesquelles les traités, les principes généraux du droit et les droits fondamentaux.

B. Refuser de combler les lacunes des traités

L'utilisation de l'expression par la Cour prête aussi le flanc à la critique. En réponse à l'assertion selon laquelle l'Union est une Union de droit, qui suscite des attentes liées à ce qu'évoquent les termes État de droit et leurs différentes traductions, des auteurs répondent que tel n'est pas le cas, ou du moins, que l'Union ne l'est que de façon imparfaite³⁶. Si, en dehors du prétoire, il est loisible aux auteurs d'affirmer que l'Union n'est pas une Union de droit, les arguments auxquels nous nous limiterons ici sont ceux qui sont présentés devant la Cour. Ils prennent la même forme que le raisonnement exposé par celle-ci lorsqu'elle s'appuie sur l'Union de droit pour reconnaître de nouvelles voies de recours. La référence indirecte à l'État de droit permet de construire des lacunes axiologiques ou de présenter le système de recours européen comme une forme imparfaite qui devrait être complétée.

L'affirmation selon laquelle l'Union est une Union de droit est parfois invoquée sans succès devant la Cour, au sens où cette dernière n'accepte pas les conséquences qu'un acteur entend tirer de l'affirmation. Ainsi, dans les affaires *Gestoras Pro Amnistía* et *Segi*, les requérants arguent en vain que « [l']Union serait une communauté de droit qui garantit, en vertu de l'article 6, paragraphe 2, UE, le droit à un recours effectif, visé à l'article 13 de la CEDH, ainsi que le droit à un tribunal, prévu à l'article 6 de la même convention³⁷ », afin d'appuyer la reconnaissance d'un recours contre des actes relevant de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. La combinaison de l'argument de la Communauté de droit et du recours effectif ne conduit pas la Cour à se reconnaître le pouvoir de statuer sur un recours en indemnité qui n'est pas prévu par le traité.

La question pour laquelle la « communauté de droit » est le plus souvent invoquée sans succès est certainement celle de la qualité pour agir dans le cadre du recours en annulation, telle qu'elle résulte de la jurisprudence *Plaumann*. La Cour estime traditionnellement que l'exigence d'un lien individuel pour une personne non-destinataire de l'acte implique que celui-ci l'atteigne « en raison de certaines qualités qui lui sont particulières, ou d'une situation de fait qui la caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, l'individualise d'une manière analogue à celle d'un destinataire³⁸ ». En limitant de façon importante la possibilité de contester directement la légalité des actes de l'Union pour les particuliers, cette jurisprudence a pu être présentée comme contredisant l'Union de droit. Ainsi, dans l'arrêt *Jégo Quéré*, le Tribunal de première instance, après avoir rappelé que, selon la Cour, « l'accès

³⁶ Pour des critiques célèbres et diverses : V. WILLIAMS A.T., « Taking Values Seriously: Towards a Philosophy of EU Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009, vol. 29, n° 3, p. 549-577 ; WEILER J.H.H., « Europe in Crisis - On 'Political Messianism', 'Legitimacy' and the 'Rule of Law' », *Singapore Journal of Legal Studies*, p. 248, Décembre 2012 ; KOCHENOV D. et P. BARD, *The Last Soldier Standing? Courts vs Politicians and the Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU*, European Yearbook of Constitutional Law, 2019, n° 1. Pour une critique concernant la réponse européenne à la crise économique, V. KILPATRICK C., « On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, vol. 35, n° 2, p. 325-353.

³⁷ V. respectivement : CJCE, 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistía e.a./Conseil*, C-354/04 P, ECLI:EU:C:2007:115, para. 34. et CJCE, 27 février 2007, *Segi e.a./Conseil*, C-355/04 P, ECLI:EU:C:2007:116, para. 34.

³⁸ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann / Commission de la CEE*, aff. 25/62, ECLI:EU:C:1963:17.

au juge est un des éléments constitutifs d'une communauté de droit », s'appuie sur le droit à un recours effectif pour élargir la notion de personne individuellement concernée³⁹. De même, dans ses conclusions sur *UPA*, l'Avocat général Jacobs en appelle à « l'État de droit » et à « l'équilibre institutionnel » pour justifier une évolution de la jurisprudence⁴⁰.

L'appel à la « communauté de droit » ne suffit toutefois pas à convaincre la Cour qui réaffirme les exigences de la jurisprudence *Plaumann* tout en rappelant que, « [c]ependant, il convient de rappeler que la Communauté européenne est une communauté de droit dans laquelle ses institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec le traité et les principes généraux du droit dont font partie les droits fondamentaux⁴¹. » Elle expose alors le « système complet de voies de recours » qui, s'il ne permet pas de contester directement la légalité d'actes réglementaires de portée générale, offre la possibilité de faire valoir l'illégalité de tels actes de manière incidente devant le juge communautaire ou bien devant les juridictions nationales et d'amener celles-ci à interroger la Cour par voie préjudicielle⁴². Pour les mêmes raisons, la Cour décide que le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'affaire *Jégo Quéré*, mentionnant le droit à un recours effectif et le système complet de voies de recours, se gardant toutefois de faire référence à la communauté de droit⁴³.

Dans l'ordonnancement juridique de l'Union, où les juges nationaux sont parfois présentés par la doctrine ainsi que par la Cour comme les « juges de 'droit commun' de l'ordre juridique de Union », « il incombe aux juridictions nationales et à la Cour de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit⁴⁴. » Il en résulte que, comme l'explique la Cour dans l'arrêt *UPA*, le droit au recours effectif repose en grande partie sur les systèmes juridiques des États membres⁴⁵. Ce rôle laissé aux juridictions nationales a pu être perçu comme une faiblesse pour l'Union de droit, comme le montrent déjà les arguments de l'Avocat général Jacobs sur *UPA* ou la justification du Tribunal dans l'arrêt *Jégo Quéré*. La doctrine soutient aussi, de façon assez large, que la solution est regrettable pour l'Union de droit. Theodore Konstadinides, jouant sur les mots, va jusqu'à présenter l'arrêt *Plaumann* comme un « *infamous judgment*⁴⁶ ».

La réponse de la Cour dans l'arrêt *UPA* repose essentiellement sur un argument de répartition des compétences : si la Cour reconnaît dans cet arrêt qu'un autre système de recours serait possible, elle estime qu'il ne lui appartient pas de le réformer⁴⁷. Comme le résume le président Lenearts, « les compétences juridictionnelles de la Cour ne sauraient aller

³⁹ TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré & Cie SA / Commission des Communautés européennes*, aff. T-177/01, ECLI:EU:T:2002:112, point 41.

⁴⁰ Conclusions de l'AG Jacobs sur l'affaire CJUE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores / Conseil*, préc., point 71.

⁴¹ CJUE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores / Conseil*, préc., point 38.

⁴² *Ibid.*, point 40.

⁴³ CJCE, 1^{er} avril 2004, *Commission / Jégo-Quéré*, aff. C-263/02 P, ECLI:EU:C:2004:210, points 29 et 30.

⁴⁴ CJUE, 8 mars 2011, *Avís 1/9*, ECLI:EU:C:2011:123, point 80 et 67. V. aussi, CJUE, 18 décembre 2014, *Avís 2/13*, ECLI:EU:C:2014:2454, point 175.

⁴⁵ CJUE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores / Conseil*, préc., point 41.

⁴⁶ KONSTADINIDES T., *The rule of law in the European Union the internal dimension*, *op. cit.*, p. 116.

⁴⁷ CJUE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores / Conseil*, préc., points 45 et 46.

au-delà de celles qui lui sont expressément confiées par les traités⁴⁸ ». Dans un autre contexte, l'AG Kokott souligne aussi la limite de l'argument de la Communauté de droit face aux compétences de la Cour, en affirmant dans ses conclusions sur l'*avis 2/13* que la Cour « n'a en aucune façon déduit de cette constatation fondamentale [que l'Union est une Union de droit] qu'il faudrait reconnaître, pour ainsi dire *praeter legem*, de nouveaux recours ou procédures devant les juges de l'Union qui ne sont pas prévus par le droit primaire⁴⁹. » Dans le même sens, l'AG Mengozzi expliquait à l'occasion des affaires *Gestoras Pro Amnistía* et *Segi* qu'il ne saurait accepter l'argument des requérants selon lequel « dans une communauté de droit telle que l'Union, la Cour de justice serait autorisée à combler les lacunes des traités pour affirmer sa compétence, si cette compétence n'est pas limitée ni exclue de façon explicite et dénuée d'équivoque dans les traités et est nécessaire afin de garantir la protection juridictionnelle des droits des particuliers⁵⁰. »

Ainsi que le montrent les affaires présentées à la suite de l'arrêt *Les Verts*, l'invocation de l'Union de droit a pourtant pu conduire à justifier une extension des voies de recours, dans ce qui apparaît à la plupart des commentateurs comme une extension des compétences de la Cour⁵¹. Cette invocation ne suffit toutefois donc pas toujours à convaincre la Cour. Dans les affaires présentées dans cette sous-section, le rôle des affirmations selon lesquelles « l'Union est une Union de droit » et « le traité a institué un système complet de voies de recours » peut se lire de différentes manières. Tout d'abord, on peut lire ces affirmations comme allant dans le sens de l'ouverture de nouvelles voies de recours, comme dans les arrêts de la sous-section précédente, la Cour leur opposant cette fois le principe du respect des compétences qui lui sont attribuées par les traités. Ensuite, il est aussi possible de lire ces affirmations différemment : le système de voies de recours étant complet, il n'est pas nécessaire d'en reconnaître de nouvelles. D'une certaine façon, le procédé argumentatif de la référence à l'État de droit pour construire une lacune axiologique est retourné contre ceux qui le mobilisent, l'affirmation est prise dans son sens premier : une description du système juridique de l'Union.

Ainsi, l'affirmation selon laquelle « l'Union est une Union de droit » est utilisée pour justifier un certain ordonnancement juridique et une certaine organisation du recours effectif au sein de l'Union européenne. L'affirmation joue toutefois de l'ambiguïté : description du système juridique de l'Union mais aussi description de ce qu'il devrait être. Cela est très bien

⁴⁸ LENAERTS K., « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », *Cahiers de droit européen*, 2009, p. 712. L'auteur renvoie aux arrêts CJUE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores / Conseil*, préc. et CJCE, 1^{er} avril 2004, *Commission / Jégo-Quéré*, préc.

⁴⁹ Conclusions de l'AG Kokott sur l'affaire CJUE, 18 décembre 2014, *Avis 2/13*, préc., point 92. La modification apportée par le Traité de Lisbonne, si elle ouvre dans une certaine mesure le recours, n'a en revanche pas entraîné de véritable évolution dans la jurisprudence de la Cour quant à l'évaluation du lien individuel.

⁵⁰ Conclusions de l'AG Mengozzi sur les affaires CJCE, 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistía e.a./Conseil et Segi e.a./Conseil*, préc., point 166.

⁵¹ Il arrive aussi aux membres de la Cour de le reconnaître. C'est ce que dit, à demi-mots, l'AG Jacobs dans ses conclusions sur *UPA*. V. Conclusions de l'AG Jacobs sur l'affaire CJUE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores / Conseil*, préc., points 68-70. Le Président Lenaerts l'explique de façon encore plus claire : « the ECJ had to create new norms that would supplement and complete the legal order established by the Treaty, aligning it with both public international law and the fundamental constitutional tenets common to its Member States », LENAERTS K., « The Court of Justice as the guarantor of the rule of law within the European Union », *The Contribution of International and Supranational Courts to the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 242.

exprimé par le Commissaire Frans Timmermans pour qui l'État de droit est « ce que nous sommes mais aussi ce que nous voulons être⁵² ». L'affirmation a pu être présentée comme un principe interprétatif⁵³. On n'imagine difficilement que la Cour puisse dire que l'Union n'est pas une Union de droit. De même, il serait peu vraisemblable que la Cour reconnaisse des dérogations au principe de l'État de droit, comme le suggérait le gouvernement britannique dans l'affaire *Kadi*⁵⁴. Le fonctionnement de l'affirmation rappelle alors celui des principes par opposition aux règles au sens de Dworkin : on ne peut pas faire exception à ceux-ci mais ils ne permettent pas de conclure, notamment parce qu'on peut leur opposer d'autres règles ou principes⁵⁵. Si l'affirmation selon laquelle l'Union est une Union de droit peut justifier l'ouverture de nouvelles voies de recours, il est toujours possible de lui opposer le respect par la Cour de ses compétences⁵⁶.

III. La connexion de l'État de droit et de l'Union de droit

Au-delà de la référence au modèle de l'État de droit que l'on peut voir dans le recours au concept d'Union de droit, la Cour a opérée une nouvelle articulation entre l'Union de droit et l'État de droit dans des arrêts rendus en 2018 à propos de l'indépendance de la justice. La question du respect de l'État de droit par les États membres s'en trouve, dans une certaine mesure, européanisée (A) et juridictionnalisée (B).

A. Européaniser la question du respect de l'État de droit

Dans l'affaire *ASJP*, la Cour innove en liant l'État de droit avec les articles 19 § 1 alinéa 2 TUE – selon lequel « [l]es États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union » – et l'article 4 § 3 premier alinéa TUE – énonçant le principe de coopération loyale. Elle dispose que « l'article 19 TUE, qui concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE, confie la charge d'assurer le contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique de l'Union non seulement à la Cour, mais également aux juridictions nationales⁵⁷ ». Les juges nationaux assurant, « en collaboration avec la Cour, une fonction qui leur est attribuée en commun, en vue d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des

⁵² « For Europe, the rule of law is not just an inspiration, it is also an aspiration; a principle that guides both our internal and external actions; it is what we are and what we want to be. Because it is never a given. Just like any human being, who is never only what he or she is, but is always also what he or she wants to be. » Discours disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/timmermans/announcements/european-union-and-rule-law-keynote-speech-conference-rule-law-tilburg-university-31-august-2015_en

⁵³ C'est par exemple ainsi que la présente le Président Lenaerts : « all EU acts must be interpreted so as to guarantee that 'the European Union is based on the rule of law' ». *Ibid.* V. aussi les conclusions de l'AG Mengozzi sur l'affaire CJCE, 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistía e.a./Conseil*, préc., point 166.

⁵⁴ V. Conclusions de l'AG Maduro sur l'affaire CJUE, 18 juillet 2013, *Commission e.a. / Kadi*, préc., point 31.

⁵⁵ V., nt., DWORKIN R.M., « The model of rules », *The University of Chicago Law Review*, 1967, vol. 35, n° 1, p. 14–46.

⁵⁶ On peut noter que plutôt que d'opposer le respect des compétences à l'Union de droit, il serait aussi possible de soutenir que le concept même d'Union de droit implique le respect par l'Union de ses compétences. C'est par exemple ce que fait Denys Simon dans cet article : V. SIMON D., « État de droit et compétences de l'Union européenne », V. HEUZÉ et J. HUET (dir.), *Construction européenne et État de droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll.« Colloques », 2012, p. 21-35.

⁵⁷ CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, point 32.

traités⁵⁸ », il appartient aux États, en application du principe de coopération loyale, d'assurer que dans les domaines couverts par le droit de l'Union, leurs juridictions satisfassent aux exigences d'une protection juridictionnelle effective, exigence pour laquelle leur indépendance est primordiale⁵⁹.

L'article 19 § 1 alinéa 2 TUE, lu à la lumière du principe de coopération loyale, permet donc d'inclure la question de l'indépendance des juridictions nationales – et plus précisément, parmi celles-ci, des « instances relevant, en tant que 'juridiction', au sens défini par le droit de l'Union, de son système de voies de recours dans les domaines couverts par le droit de l'Union⁶⁰ » – dans le champ du droit de l'Union, ce qu'aurait difficilement permis la Charte des droits fondamentaux. À cet égard, la Cour distingue clairement, à titre liminaire, le champ d'application de la charte, limité aux situations dans lesquelles les États mettent en œuvre le droit de l'Union, de celui de l'article 19 § 1⁶¹. Cette protection de l'indépendance des juridictions nationales est donc justifiée par leur rôle de juges du droit de l'Union : la Cour souligne que cette indépendance est, « en particulier, essentielle au bon fonctionnement du système de coopération judiciaire qu'incarne le mécanisme de renvoi préjudiciel prévu à l'article 267 TFUE⁶² ».

Il faut insister sur la portée considérable de cette opération. Ainsi que le soulignent Laurent Pech et Sébastien Platon, cette limite fonctionnelle ne semble pas véritablement opérante au regard de la question structurelle de l'indépendance : garantir l'indépendance des juges en tant que juge du droit de l'Union semble revenir à garantir leur indépendance de manière générale⁶³. Si la Cour ne le mentionne pas ainsi, on perçoit sous cette européanisation de la question de l'indépendance des juridictions nationales un mode de raisonnement classique du droit de l'Union : si les États membres sont compétents pour organiser leur système juridictionnel, ils doivent exercer cette compétence dans le respect du droit de l'Union, et notamment du principe de protection juridictionnelle effective découlant de l'article 19 TUE⁶⁴. Dans ce cadre de raisonnement, il importe peu que, comme l'avancent des États membres dans d'autres affaires, l'organisation de leur système juridictionnel relève de leur seule compétence et non de celle de l'Union.

⁵⁸ *Ibid.*, point 33.

⁵⁹ *Ibid.*, points 37 et 41-42.

⁶⁰ *Ibid.*, point 37.

⁶¹ V. *Ibid.*, point 29. Sur la dimension stratégique du choix d'utiliser l'article 19 plutôt que de faire évoluer sa jurisprudence sur la Charte, V. BONELLI M. et M. CLAES, « Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary: ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* . », *European Constitutional Law Review*, 2018, vol. 14, n° 3, p. 622-643. Il faut noter que la Charte et son article 47 sont toutefois mentionnés dans l'arrêt afin de souligner que l'indépendance d'une juridiction est primordiale pour assurer une protection juridictionnelle effective.

⁶² CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, préc., point. 43.

⁶³ « In the instant case, one may argue that the Court has essentially made the EU principle of effective judicial protection (including the principle of judicial independence) a quasi-federal standard of review which may be relied on before national courts in virtually any situation where national measures target national judges who may hear actions based on EU law » PECH L. et S. PLATON, « Court of Justice Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the *ASJP* case », *Common Market Law Review*, 2018, vol. 55, n° 6, p. 1847.

⁶⁴ Sur ce dépassement du langage des compétences, V. AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 341-368.

Si l'affaire *ASJP* portait sur la conformité au droit de l'Union de mesures d'austérité réduisant le salaire des juges portugais, elle a été perçue comme une occasion saisie par la Cour de préparer sa réponse à la « crise de l'État de droit » observée en Pologne et en Hongrie. Une première réponse directe à la situation polonaise intervient cinq mois plus tard, avec l'arrêt *LM*⁶⁵, dans lequel la Cour articule sa jurisprudence sur la confiance mutuelle avec la valeur de l'État de droit et le respect de l'indépendance de la justice. La reconnaissance mutuelle – et la confiance mutuelle qu'elle suppose – implique que les États membres ne puissent, « sauf dans des cas exceptionnels », vérifier qu'un autre État membre a respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union⁶⁶. Plus précisément, en vertu du principe de reconnaissance mutuelle, les États membres ont l'obligation d'exécuter tout mandat d'arrêt européen à l'exception de motifs énumérés de façon exhaustive dans la décision cadre⁶⁷. La Cour avait toutefois décidé dans l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru* que, dans les cas où il existait à l'égard de la personne faisant l'objet du mandat d'arrêt européen, un risque réel de traitement inhumain ou dégradant, l'exécution du mandat d'arrêt devait être reportée⁶⁸. Pour évaluer ce risque, la Cour impose à l'autorité de renvoi un raisonnement en deux étapes : la première caractérisant l'existence du risque de manière générale, la seconde établissant que la personne concernée par le mandat d'arrêt y sera exposée.

Dans l'affaire *LM*, la Haute Cour irlandaise demandait en substance au juge européen si ce raisonnement pouvait être transposé à une violation de l'État de droit. Reprenant longuement le lien dressé entre l'indépendance de la justice, le droit à un procès équitable et le respect de l'État de droit établi dans l'arrêt *ASJP*, la Cour affirme qu'il revient à l'autorité judiciaire d'exécution d'apprécier s'il existe un risque réel que la personne concernée par le mandat d'arrêt subisse une violation du droit fondamental à un procès équitable. Pour ce faire, l'autorité d'exécution doit mettre en œuvre les deux étapes du raisonnement décrit dans l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru*. Tout d'abord, elle doit évaluer l'existence d'un risque réel de violation de ce droit fondamental en raison de défaillances systémiques ou généralisées, « sur le fondement d'éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés concernant le fonctionnement du système judiciaire dans l'État membre d'émission », la Cour précisant que les informations se trouvant dans la proposition motivée de la Commission dans le cadre de l'article 7 § 1 TUE constituent à cet égard des « éléments particulièrement pertinents⁶⁹ ». Ensuite, elle décide qu'il est nécessaire d'établir, par une appréciation concrète et précise, que la personne concernée courra ce risque eu égard à sa situation personnelle, la nature de l'infraction et le contexte factuel qui sont à la base du mandat d'arrêt.

À n'en pas douter, ces deux affaires bouleversent la façon dont la protection de l'État de droit peut être pensée dans le cadre du droit de l'Union européenne. La Cour européenne de justice questionne la question de l'indépendance de la justice, élément central de l'État de droit, en raison du rôle

⁶⁵ CJUE, 25 juillet 2018, *LM*, aff. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.

⁶⁶ V., en ce sens, CJUE, 18 décembre 2014, *Avis 2/13*, ECLI:EU:C:2014:2454, point 192.

⁶⁷ Décision-cadre 2002/584 du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JOUE L 190 du 18 juillet 2002, p. 1–20, V. art. 3 et 4.

⁶⁸ CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, point 98. La Cour s'appuie notamment sur l'article 1^{er}, § 3, de la décision-cadre précitée qui dispose que : « La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne. »

⁶⁹ CJUE, 25 juillet 2018, *LM*, préc., point 61.

joué par les juges nationaux dans le système juridictionnel européen, tant de façon verticale, notamment dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation, que de façon horizontale, dans le cadre du mandat d'arrêt européen. Ce faisant, la Cour établit une connexion très puissante entre sa jurisprudence concernant l'Union de droit et la protection de la valeur de l'État de droit dans les États membres, comme en témoigne l'affirmation selon laquelle « l'existence même d'un contrôle juridictionnel effectif destiné à assurer le respect du droit de l'Union est inhérente à un État de droit », formule reprise par les arrêts *ASJP* et *LM* à l'arrêt *Schrems* qui l'utilisait pour des actes de l'Union⁷⁰. Le rôle important laissé aux juridictions nationales, souvent critiqué lorsqu'il apparaît comme un amoindrissement de l'Union de droit, comme dans l'arrêt *UPA*, est ce qui permet ici de justifier que le droit de l'Union puisse connaître des atteintes à l'État de droit. Cette européanisation s'accompagne d'une certaine juridictionnalisation du contrôle du respect de l'État de droit.

B. Juridictionnaliser la question du respect de l'État de droit

Les arrêts *ASJP* et *LM* conduisent à mettre les juges, tant européen que nationaux, au centre du contrôle du respect par les États membres de la valeur de l'État de droit affirmée dans les traités. L'exigence d'un examen concret dans l'affaire *LM* peut paraître étonnante dans le contexte où l'atteinte au droit à un procès équitable découle du non-respect des principes de l'État de droit et, plus précisément, du manque d'indépendance de la justice. Le juge *a quo* estimait d'ailleurs qu'« il serait irréaliste d'exiger de la personne concernée qu'elle établisse que ces défaillances ont une incidence sur la procédure dont elle fait l'objet⁷¹ ». La Cour justifie son appréciation par le considérant 10 de la décision-cadre 2002/584 qui énonce que la mise en œuvre du mécanisme du mandat d'arrêt européen ne saurait être suspendue qu'en cas de violation grave et persistante par un des États membres des principes énoncés à l'article 2 TUE, constatée par le Conseil européen en application de l'article 7 § 2 avec les conséquences prévues à son troisième paragraphe. L'arrêt oppose la compétence du Conseil européen à celle des juges nationaux en charge de l'exécution. On peut toutefois lire entre les lignes que c'est surtout pour ne pas encourir le reproche d'aller au-delà de sa propre compétence que la Cour limite la portée d'une solution, déjà novatrice il est vrai, en insistant sur l'aspect personnel de la question plutôt que sur son aspect systémique⁷².

Au surplus de leur rôle vertical dans le système juridique européen, mis en évidence dans l'arrêt *ASJP*, les juges nationaux se voient donc confier dans l'arrêt *LM* un rôle horizontal pour constater une atteinte à l'État de droit dans un autre État membre et le cas échéant en tirer les conséquences. Confier cette responsabilité aux juges nationaux permet au juge européen de s'appuyer sur le jugement des autorités nationales mais revient à les charger de la lourde tâche de procéder à l'évaluation de l'indépendance des juridictions d'autres États membres. Une stratégie différente avait été adoptée par la Cour dans l'affaire *N.S.* où,

⁷⁰ V., respectivement, CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, préc., point 36, CJUE, 25 juillet 2018, *LM*, préc., point 51, CJCE, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, point 95. V. aussi, arrêt du 28 mars 2017, *Rosneft*, aff. C-72/15, EU:C:2017:236, point 73.

⁷¹ Conclusions de l'AG Tanchev sur l'affaire CJUE, 25 juillet 2018, *LM*, préc., point 24.

⁷² C'est le sens de la question posée par Michał Krajewski : KRAJEWSKI M., « Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges: ECJ 25 July 2018, Case C-216/18 PPU, The Minister for Justice and Equality v LM », *European Constitutional Law Review*, 2018, vol. 14, n° 4, p. 792-813.

s'appuyant sur un arrêt de la CEDH, la Cour avait elle-même constaté « une défaillance systémique de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile⁷³ ». Les juges nationaux ne sont toutefois pas laissés seuls dans l'appréciation de l'indépendance de la justice dans d'autres États membres en raison de la place donnée à la proposition motivée de la Commission dans le cadre de l'article 7 § 1 TUE. Dans cette perspective, on a pu aller jusqu'à voir l'arrêt *LM* comme un moyen de donner de l'effet à l'article 7 TUE⁷⁴.

L'articulation de la violation de la valeur de l'État de droit et des droits fondamentaux qui découle de l'arrêt *LM* est quelque peu paradoxale. Le raisonnement de la Cour, à la différence du questionnement de la Haute cour irlandaise, mentionne peu l'État de droit pour se concentrer sur l'atteinte au droit à un procès équitable pour l'individu concerné. Cela s'explique sans doute par l'article 7 TUE et le considérant 10 de la décision-cadre 2002/584. On retrouve ici la figure classique de l'individu agent du droit de l'Union : « dorénavant, 'la vigilance des particuliers' est essentielle non seulement pour le "contrôle" du droit européen (C-26/62, *Van Gend en Loos*, point 13), mais aussi pour celui des valeurs européennes⁷⁵ ». Toutefois, cette subjectivisation de l'État de droit aboutit, de façon singulière, à limiter la protection individuelle en raison de la difficulté qu'il peut y avoir à établir le caractère personnel de la menace, d'une part, et du caractère illusoire du vote de sanctions dans le cadre de l'article 7 TUE, d'autre part. Il faut aussi noter que, en conséquence de cette jurisprudence, on peut parfaitement imaginer qu'un juge national constate, dans le premier temps du raisonnement, une atteinte à l'indépendance de la justice dans un autre État membre, sans que ce constat ait de conséquence.

Une autre conséquence fondamentale de cette jurisprudence est que, l'atteinte à l'indépendance de la justice allant à l'encontre des obligations européennes de l'État membre concerné, la voie du recours en manquement devient possible. Couplé avec le jeu de mesures provisoires, celui-ci a permis à la Cour d'améliorer notablement l'efficacité d'une réaction contre une atteinte à l'État de droit. Dans une ordonnance du 19 octobre 2018, la vice-présidente de la Cour a ainsi pu ordonner : la suspension à titre provisoire des dispositions abaissant l'âge de la retraite des juges de la Cour suprême polonaise, la prise de toute mesure nécessaire afin que les juges concernés puissent continuer à exercer leurs fonctions aux mêmes postes et dans les mêmes conditions ainsi que l'abstention de nommer de nouveaux juges à la place de ceux concernés par les mesures litigieuses⁷⁶. La comparaison de cette affaire avec l'arrêt *Commission / Hongrie*⁷⁷, où des mesures similaires à celles qui sont en cause dans le cas polonais avaient été conçues comme une discrimination en raison de l'âge, permet de bien mesurer l'importance de l'évolution jurisprudentielle intervenue avec les arrêts de 2018⁷⁸. De façon quelque peu surprenante, la vice-présidente s'appuie dans son ordonnance

⁷³ CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. e.a.*, aff. C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865, point 89.

⁷⁴ « It adds bite to Article 7 TEU by attributing to Commission's proposal the aforementioned effects. » BOGDANDY A. von et al., « Drawing Red Lines and Giving (Some) Bite – the CJEU's Deficiencies Judgment on the European Rule of Law », disponible à : <https://verfassungsblog.de/drawing-red-lines-and-giving-some-bite-the-cjeus-deficiencies-judgment-on-the-european-rule-of-law/>

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ CJUE, 19 octobre 2018, *Commission/Pologne*, aff. C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:852, ordonnance de la vice-présidente.

⁷⁷ CJUE, 6 novembre 2012, *Commission / Hongrie*, C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687.

⁷⁸ Le succès de la Commission devant la Cour dans cette affaire a pu être présenté comme une « victoire à la Pyrrhus ». Si le gouvernement est revenu en arrière, autorisant les juges qui le souhaitaient à continuer à travailler

concernant la situation polonaise directement sur l'article 47 de la Charte et sur la valeur de l'État de droit pour justifier l'urgence ; l'atteinte au droit fondamental à un procès équitable est mise en avant par rapport au bon fonctionnement du système juridique de l'Union⁷⁹.

Cette ordonnance a été confirmée par la Grande chambre de la Cour le 17 décembre 2018. La justification adoptée par celle-ci est toutefois dotée d'une tonalité différente, mettant l'accent sur l'ordre juridique de l'Union plutôt que sur les droits fondamentaux. Tout d'abord, la Cour mentionne conjointement l'article 19, § 1, al. 2 TUE et l'article 47 de la Charte au regard de l'exigence de la garantie d'une protection juridictionnelle effective⁸⁰. Ensuite, elle s'appuie sur le rôle des juges nationaux en vertu des articles 19, § 1, al. 2 TUE et 267 TFUE, d'une part, et sur la confiance mutuelle nécessaire dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et pénale, d'autre part, pour établir l'urgence et le caractère irréparable du préjudice. Il est significatif que la Cour s'attache essentiellement au préjudice « au regard de l'ordre juridique de l'Union et, partant, des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union ainsi que des valeurs, énoncées à l'article 2 TUE, sur lesquelles cette Union est fondée, notamment, celle de l'État de droit⁸¹. » Il faut aussi noter que, pour justifier la perte de confiance mutuelle en raison de l'atteinte à l'indépendance des juridictions polonaise, la Cour s'appuie sur sa décision *LM*, mais aussi directement sur la demande introduite par la Haute Cour irlandaise dans cette affaire⁸².

Ces affaires permettent de souligner que l'eupéanisation de la question de l'État de droit conduit également à remettre les juges au cœur du processus de définition et d'évaluation de celui-ci. Selon la configuration, différents acteurs peuvent intervenir : la Cour de justice et la Commission, dans le cadre du recours en manquement ; la Cour de justice et une juridiction nationale, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel ; mais aussi un juge national seul, dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen. Il faut aussi noter qu'un juge national dont l'indépendance est menacée peut lui-même saisir la Cour de justice. Cette juridictionnalisation s'accompagne aussi d'une certaine substantialisation de la notion d'État de droit : la Cour précise que l'indépendance des juges nationaux et le droit à un procès équitable sont des éléments essentiels de l'État de droit et donne des indications permettant d'en évaluer le respect.

jusqu'à 70 ans, cette mesure a eu peu d'effet parce que, d'une part, les fonctions comme celles de présidents de juridiction avaient déjà été pourvues et, d'autre part, un système de compensation très avantageux a conduit la plupart des juges à ne pas choisir de revenir. En ce sens, V. KOCHENOV D. et P. BARD, *The Last Soldier Standing?*, *op. cit.*

⁷⁹ *Ibid.*, points 21-22.

⁸⁰ CJUE, 17 décembre 2018, *Commission/Pologne*, aff. C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:1021, ordonnance de la Cour, point 62.

⁸¹ *Ibid.*, point 68. V. aussi point 78.

⁸² *Ibid.*, point 77.

Conclusion

Ainsi, la locution État de droit est classiquement utilisée dans les textes et par les acteurs européens pour affirmer une valeur. La controverse ne porte pas tant sur la définition de l'État de droit que sur l'inefficacité des mécanismes, essentiellement non-juridictionnels, censés assurer son respect dans un contexte de « crise de l'État de droit ». Le concept d'État de droit apparaît aussi, indirectement, dans le cadre de la jurisprudence affirmant que l'Union est une Union de droit. La locution renvoie en effet à l'imaginaire de l'État de droit, sans qu'il soit nécessaire que ce que l'on entend par la locution ou par ses différentes traductions soit précisément déterminé pour que l'argument fonctionne. Affirmer que l'Union est une Union de droit permet de justifier un certain ordonnancement juridique : si cela conduit dans certains cas à reconnaître de nouvelles voies de recours, on peut opposer à cette affirmation l'argument des compétences pour refuser de le faire. Au-delà des solutions atteintes dans le cadre de cette jurisprudence, les arrêts de la Cour ont contribué à lier les concepts d'État de droit, d'Union de droit et de recours effectif.

Cette connexion se retrouve dans les arrêts rendus par la Cour en 2018. La Cour affirme que « l'existence même d'un contrôle juridictionnel effectif destiné à assurer le respect du droit de l'Union est inhérente à un État de droit ». Se saisissant de l'article 19 TUE, qu'elle présente comme une concrétisation de l'État de droit, elle lie la question du respect de l'État de droit à l'affirmation que l'Union est une Union de droit. Assurer l'indépendance des juridictions nationales susceptibles de se prononcer dans les domaines couverts par le droit de l'Union devient une obligation découlant du droit de l'Union européenne. Cette opération, qui s'affranchit du langage des compétences, conduit à mettre les juges, tant européens que nationaux, au cœur du contrôle du respect de l'État de droit par les États membres. De nombreuses affaires sont pendantes et il est difficile de savoir quelle sera la portée de ces arrêts qui bouleversent la façon dont on peut penser le rôle du concept d'État de droit en droit de l'Union européenne.