



HAL
open science

L'Europe par le droit

Renaud Dehousse

► **To cite this version:**

Renaud Dehousse. L'Europe par le droit. Critique Internationale, 1999, 2, pp.133-150.
10.3406/criti.1999.1549 . hal-01010786

HAL Id: hal-01010786

<https://sciencespo.hal.science/hal-01010786>

Submitted on 20 Jun 2014

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License



L'Europe par le droit

par Renaud Dehousse

Le droit est un phénomène complexe : produit de pressions sociales sous-jacentes pour certains, instrument de changement de la société pour d'autres. Sa nature mixte rend difficile l'étude de sa place dans une société donnée. Les juristes, pour lesquels son importance est axiomatique, tendent à négliger les forces profondes qui influencent l'évolution des structures juridiques. À l'inverse, les non-juristes, parfois déconcertés par ce qui leur apparaît comme des traditions ésotériques, ont tendance à considérer le droit comme une sphère autonome, dont l'évolution reste sans grande conséquence pour la société.

Le droit communautaire ne fait pas exception à la règle. Plusieurs générations de juristes ont souligné la part considérable qu'a prise la Cour de justice dans le processus d'intégration, notamment en transformant les traités de base en une sorte de « charte constitutionnelle » de l'Europe communautaire. On ne compte plus les volumes consacrés à l'étude systématique de son œuvre jurisprudentielle. Toutefois, dans son ensemble, la littérature juridique reste dominée par un certain positivisme. Comme l'ont noté Anne-Marie Slaughter-Burley et Walter Mattli, l'univers qui y est décrit semble hermétiquement fermé à toute considération de pouvoir et d'intérêt (Burley et Mattli 1993 : 45). Par ailleurs, à l'exception de quelques rares voix discordantes, la doctrine juridique a, jusqu'à une date récente, accueilli avec enthousiasme l'action de la Cour de justice. Dès 1980, un autre politologue américain, Martin Shapiro, brossait le tableau quelque peu sarcastique d'une

littérature dans laquelle la Constitution était présentée comme un texte sacré, le commentaire professionnel comme une vérité juridique, la jurisprudence comme l'application exacte du prescrit constitutionnel et la juridiction suprême comme « la voix désincarnée du raisonnement correct et de la téléologie constitutionnelle » (Shapiro 1980 : 538).

Pendant des décennies, cette indifférence des juristes pour le contexte social entourant le processus d'intégration européenne n'avait d'égal que le manque d'intérêt dont faisaient preuve la grande majorité des politologues pour tout ce qui avait trait au droit communautaire. Les grandes théories de l'intégration élaborées au cours des années soixante et au début des années soixante-dix ne prêtaient qu'une attention distraite à la Cour de justice, qui restait largement perçue comme un exécutant confiné à des tâches essentiellement techniques (Weiler 1982). Les spécialistes des relations internationales tendaient à exclure toute possibilité, pour des institutions supranationales comme la Cour, de contraindre les États à adopter un comportement qui ne soit pas conforme à leur vision de l'intérêt national.

Les choses ont commencé à changer au milieu des années quatre-vingt, avec la relance du processus d'intégration par la Commission européenne à partir du programme d'achèvement du marché intérieur. En cherchant à analyser les raisons de ce regain de dynamisme, certains ont alors (re)découvert le rôle joué par les institutions supranationales. De nombreux politologues, influencés par les travaux de juristes comme Éric Stein (1981) et Joseph Weiler (1981), ont reconnu l'importance de la transformation du droit communautaire effectuée par la Cour de justice. Dans une étude remarquée, deux chantres de la souveraineté nationale, Robert Keohane et Stanley Hoffmann, soulignaient qu'en affirmant le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national et en contraignant les États à mettre en œuvre les décisions prises dans le cadre communautaire, la Cour de justice était, de toutes les institutions communautaires, celle qui avait été le plus loin dans le sens d'une limitation de l'autonomie nationale (Keohane et Hoffmann 1991).

Sortie de l'ombre dans laquelle elle avait longtemps été confinée, la Cour de justice a dès lors fait l'objet d'un débat particulièrement animé parmi les spécialistes de l'intégration européenne. Des analyses contrastées se sont efforcées d'expliquer le développement de l'intégration juridique, mettant l'accent sur le rôle joué par la Cour dans ce processus (ainsi Burley et Mattli 1993 ; Dehousse 1997 ; Garrett 1992 et 1995 ; Mattli et Slaughter 1995 ; Rasmussen 1998) et sur les relations qu'elle entretient avec ses interlocuteurs traditionnels : gouvernements, juridictions nationales, doctrine juridique (Alter 1996 ; Slaughter, Stone Sweet et Weiler 1998 ; Stone Sweet et Caporaso 1998 ; Weiler 1994).

Pourtant, en dépit de cet intérêt nouveau, la perception des rapports entre droit et intégration ne semble pas avoir, dans l'ensemble, beaucoup évolué. Bien qu'il soit maintenant admis que le droit communautaire a connu une dynamique de

développement autonome, le droit reste généralement considéré comme un domaine à part, clairement séparé des champs économique et politique. Quelques études sectorielles ont bien mis en lumière l'impact décisif des arrêts de la Cour sur l'évolution de certaines politiques communautaires (ainsi Allen 1996 ; Leibfried et Pierson 1996) mais il ne s'agit guère que de voix isolées. Même constat en amont des décisions judiciaires : à l'exception des travaux de pionniers comme Carol Harlow et Richard Rawlings (Harlow et Rawlings 1992 ; Rawlings 1993), on raisonne encore souvent comme si l'évolution du droit communautaire répondait à des considérations objectives, alors que nombre d'acteurs publics et privés y voient un champ de bataille sur lequel ils peuvent obtenir des résultats inaccessibles par des voies politiques plus classiques : il reste beaucoup à faire pour combler le fossé entre juristes et politologues et pour incorporer les paramètres juridiques dans l'analyse du processus d'intégration.

On ne cherchera pas à relever un défi de cette ampleur dans le cadre réduit de cet article¹. Plus modestement, on s'efforcera de montrer que le droit communautaire ne conditionne pas seulement la teneur des décisions qui sont prises au niveau européen, mais aussi la manière dont elles sont prises, dans la mesure où le débat juridique est devenu un élément à part entière du processus politique. Cette évolution est la meilleure démonstration que l'on puisse donner du poids des paramètres juridiques : si tous les participants au jeu politique européen – institutions communautaires, autorités nationales et intérêts privés – s'efforcent d'intégrer un volet juridique à leurs stratégies politiques, c'est qu'ils ont appris, parfois à leurs dépens, que la Cour de justice était une force avec laquelle il fallait compter.

La juridification du processus décisionnel

Étant donné la présence, au sein du système communautaire, d'un organe juridictionnel chargé d'arbitrer les conflits entre les institutions, on pouvait penser que la possibilité d'un recours au juge s'imposerait rapidement comme une des données de base du processus politique européen. Et pourtant, cette éventualité a mis un certain temps à se concrétiser. Vers la fin des années soixante, plusieurs analyses ont montré que la Cour de justice avait été complètement absente de crises politiques comme la crise agricole ou la politique de la « chaise vide » adoptée par le gouvernement français en 1965-66 (Green 1969 ; Scheingold 1971). Toutefois, les principaux acteurs politiques ont fini par s'apercevoir que la voie judiciaire pouvait les aider à parvenir à leurs fins, ce qui a conduit au développement de plusieurs types de stratégies juridiques.

1. Le lecteur intéressé peut toutefois être renvoyé à des ouvrages généraux qui se sont attelés à cette tâche ; voir notamment Dehousse 1997 et 1998 ; Rasmussen 1998.

Le recours au tribunal est certainement la manière la plus évidente, sinon la plus simple, d'utiliser les ressources de la sphère juridique. La Commission européenne, chargée par le traité d'assurer l'application du droit communautaire, n'a pas manqué d'utiliser cette possibilité pour contraindre des États récalcitrants à respecter leurs engagements. Certains gouvernements nationaux lui ont parfois fait grief de chercher par ce biais à court-circuiter des négociations en cours au sein du Conseil des ministres (voir par exemple l'affaire 205/84, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*). Cela ne les empêche pas d'en faire autant lorsque leurs propres intérêts sont en jeu, qu'il s'agisse de réagir à ce qui leur apparaît comme une intrusion de la Commission dans leur sphère de compétence (affaires jointes 281, 283-285 et 287/85, *RFA et autres c. Commission*) ou de « corriger » les effets d'une décision prise en dépit de leur vote contraire au sein du Conseil (affaire 68/86, *Royaume-Uni c. Conseil*).

L'enjeu de ces recours va parfois bien au-delà des mesures qui en sont l'occasion. En 1996, par exemple, le gouvernement conservateur de John Major a attaqué devant la Cour de justice une directive relative au temps de travail. Cette initiative surprit plus d'un observateur, car les préoccupations britanniques avaient été largement prises en compte dans la négociation de ce texte, qui se contente d'arrêter une série de dispositions minimales et prévoit de nombreuses possibilités de dérogation. En fait, l'objectif du recours était moins le texte lui-même que la base juridique choisie par la majorité des membres du Conseil. Ce qui rebutait le gouvernement de Londres, soucieux de préserver la flexibilité du marché du travail, c'était le principe même d'une réglementation européenne – arrêtée de surcroît sur la base de l'article 118a, qui autorise les décisions à la majorité. En attaquant la directive devant les juges de Luxembourg, il espérait obtenir de ces derniers une interprétation restrictive de l'article 118a², de façon à ériger un rempart juridique solide contre toute velléité de réglementation plus exigeante du temps de travail. En l'occurrence, ses espérances furent déçues car la Cour, entérinant une interprétation large du concept de « milieu de travail » contenu dans l'article 118a, approuva l'essentiel de la directive (affaire C-84/94, *Royaume-Uni c. Conseil*). L'exemple montre bien, toutefois, que la politique judiciaire n'est pas seulement alimentée par des conflits politiques ponctuels, mais aussi par des préoccupations institutionnelles à caractère général.

L'importance des batailles judiciaires est telle qu'il est essentiel, pour tout acteur qui entend compter, de pouvoir y prendre part. C'est ce qui explique l'acharnement

2. Le traité d'Amsterdam a procédé à une refonte des traités européens, ce qui a conduit à une nouvelle numérotation de la plupart des articles. Eu égard à l'approche historico-politique de cette étude, il m'a paru préférable de ne pas compliquer la tâche du lecteur et de m'en tenir à la numérotation originale des dispositions pertinentes pour mon propos. Une table de concordance entre les deux numérotations du traité figure en annexe à la version du traité d'Amsterdam publiée par l'Office des publications officielles des Communautés européennes.

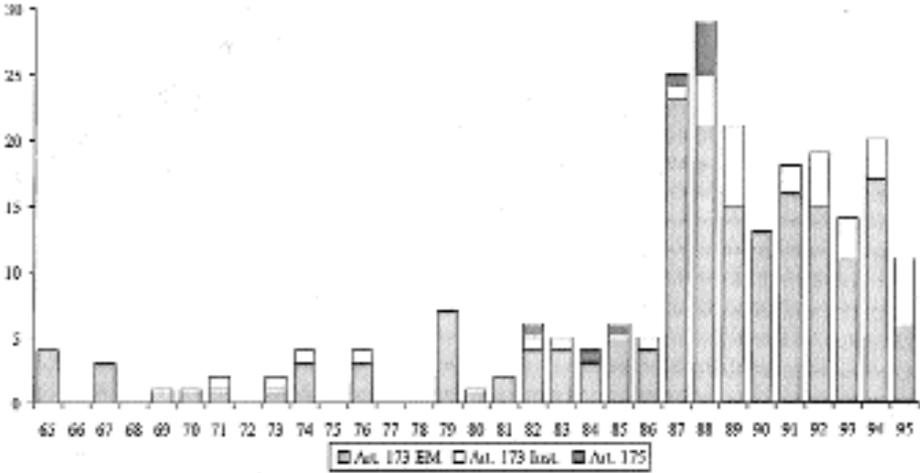
avec lequel le Parlement européen, qui ne disposait au départ que d'un accès limité à la Cour de justice, s'est battu pour l'élargir. La tâche était ardue, puisque les dispositions du traité relatives à la Cour ne faisaient mention explicite du Parlement que pour le contentieux de la fonction publique européenne, ce qui, on en conviendra, n'était guère propice au développement d'une politique juridique ambitieuse. Phénomène remarquable, c'est au niveau judiciaire que se livra le combat le plus acharné. Faute de pouvoir arracher aux États membres une révision du traité, le Parlement s'efforça de convaincre la Cour de ce qu'il devait pouvoir disposer de prérogatives semblables à celles du Conseil ou de la Commission. En dépit de quelques revers, ses efforts furent couronnés de succès : en l'espace de dix ans, il réussit à arracher le droit d'intervenir dans les affaires en cours pour appuyer les vues d'une des parties (affaire 138/79, *Roquette*), le droit d'introduire un recours en carence, qui permet de sanctionner l'inertie des institutions lorsque celles-ci sont tenues d'agir en vertu du traité (affaire 13/83, *Parlement c. Conseil*), puis celui d'agir en annulation lorsque ce recours tend « à la sauvegarde de ses prérogatives » et qu'« il ne se fonde que sur des moyens tirés de la violation de celles-ci » (affaire C-70/88, *Parlement c. Conseil*).

Ce dernier arrêt, qui d'un trait de plume accordait au Parlement un droit non prévu par le traité, était rendu plus remarquable encore par le fait qu'il contredisait une décision antérieure de la Cour (affaire 302/87, *Parlement c. Conseil*). Et pourtant, cette innovation ne fut accueillie par aucune réaction virulente des capitales nationales. Bien au contraire, lors du traité de Maastricht, l'article 173 fut amendé dans le sens prescrit par la Cour... En définitive, tout semble indiquer que les États, conscients de l'importance du contrôle judiciaire, ont considéré comme équitable l'octroi au Parlement d'une capacité autonome d'agir en justice.

Le volume des conflits institutionnels dans lesquels la Cour de justice a été appelée à intervenir a considérablement augmenté depuis 1987, date de l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen. Le graphique ci-après, qui prend comme indicateur le nombre de recours en carence ou en annulation introduits par les États membres ou par les institutions, montre l'ampleur du mouvement : d'une moyenne de 5 affaires par an au cours de la période 1983-1986, on est passé à des moyennes de 22 recours pour la période 1987-1990 et 17 pour la période 1991-1994.

La coïncidence de cette augmentation brutale avec l'Acte unique suggère une relation de cause à effet. Certes, les possibilités de vote à la majorité introduites par l'Acte unique n'ont pas mis fin à la nature consensuelle de la prise de décision, puisque les votes restent rares au sein du Conseil. Cependant, la possibilité de passer outre aux objections isolées de l'un ou de l'autre a multiplié les occasions de conflit. Auparavant, l'essentiel des décisions prises au niveau communautaire exigeaient l'accord unanime des États, tant sur la nécessité d'une intervention communautaire que sur son contenu. Une fois éliminé le verrou de l'unanimité, il

Le développement du contentieux inter-institutionnel : recours introduits par les États membres (EM) et les institutions (Inst), par année de décision (1965-1996)



Source : Rapport général d'activités pour l'article 173 ; CELEX pour l'article 175.

devient évidemment tentant pour la minorité de remettre en cause au niveau judiciaire le résultat du jeu politique. Par ailleurs, les compromis savants auxquels ont donné lieu les réformes successives du traité se sont traduits par une multiplication des procédures : on n'en compte pas moins de vingt-trois à l'heure actuelle (Piris 1994). Comme les droits de chaque institution varient de façon sensible d'une procédure à l'autre, le choix de la procédure applicable revêt une importance considérable : c'est ce qui explique l'apparition d'un contentieux portant sur la base juridique des actes communautaires, qui n'existait pas avant l'Acte unique. La Cour de justice est ainsi de plus en plus souvent appelée à s'ériger en arbitre des conflits institutionnels, ce qui l'expose naturellement à une attention plus soutenue de la part des acteurs politiques et de l'opinion publique (Dehousse 1997 : 133-140).

Le phénomène est d'autant plus intéressant que le contentieux interinstitutionnel n'est que la partie émergée d'un iceberg. Même lorsqu'ils ne sont pas parties à une affaire devant la Cour de justice ou le Tribunal de première instance, gouvernements et institutions peuvent participer aux débats par le biais d'observations qu'ils soumettent à la Cour. Si ces mémoires se coulent souvent dans le moule rigide de l'argumentation juridique, l'observateur attentif n'éprouve généralement pas trop de peine à distinguer, à l'arrière-plan, des intérêts politiques bien concrets. De tous les acteurs politiques, la Commission est la plus assidue à ce genre d'exercice, puisqu'elle met un point d'honneur à présenter des observations sur toutes les affaires soumises à la Cour de justice par les juridictions nationales. Elle est cependant loin d'être la seule à utiliser cette possibilité. Les gouvernements nationaux

ont pour habitude de présenter leurs observations chaque fois qu'un litige met en cause la compatibilité du droit national avec le droit communautaire. Certains d'entre eux interviennent aussi lorsqu'une matière les concerne indirectement : le gouvernement italien, soucieux de protéger les intérêts de ses ressortissants installés dans les autres États membres, s'est toujours montré actif dans les affaires qui avaient trait à la sécurité sociale des travailleurs immigrés.

Même lorsque la Cour de justice n'est pas appelée à intervenir, les considérations juridiques sont loin d'être absentes du processus politique. Comme l'a fort justement relevé un observateur canadien, la juridification du jeu politique ne se traduit pas seulement par un changement de *forum* mais aussi par un changement de *forme* (Mandel 1994 : 81). La perspective, ou parfois même la simple possibilité d'un conflit judiciaire contraint les acteurs politiques à intégrer les paramètres juridiques dans leur stratégie, de façon à éviter une éventuelle censure judiciaire. Des questions comme la compétence des institutions communautaires, le choix de la base juridique, le respect de principes fondamentaux reconnus par la Cour de justice (droits de l'homme, principe de proportionnalité) peuvent ainsi jouer un rôle important dans le processus politique. Des procédures *ad hoc* ont parfois été établies pour assurer que certaines questions reçoivent bien l'attention nécessaire : suite au développement du contentieux interinstitutionnel, par exemple, le Parlement européen a modifié son règlement intérieur pour inviter les commissions parlementaires à s'assurer que ses droits étaient bien respectés dans chaque procédure législative (article 84).

Tout cela contribue à expliquer le rôle central des juristes dans le processus politique européen. Les trois grandes institutions politiques – Conseil, Commission, Parlement – ont chacune leur service juridique, qui agit à différents niveaux, que ce soit pour donner un avis sur les procédures ou sur la légalité des mesures envisagées, ou pour intervenir devant la Cour. L'influence du service juridique de la Commission se fait sentir dans toute la gamme des politiques communautaires, puisqu'il est consulté au tout début de la procédure législative sur les textes élaborés par les services de la Commission. Ses avis sont systématiquement joints aux projets qui sont soumis au collège des commissaires (Bermann 1995). Le fait que le directeur général du service juridique soit un des seuls – et qu'il ait longtemps été *le seul* – parmi ses pairs à assister à toutes les réunions hebdomadaires du collège en dit long sur l'importance des considérations juridiques dans ces délibérations. Même au Parlement européen où, pour les raisons indiquées plus haut, le besoin de mettre sur pied un service juridique ne s'est fait sentir que relativement tard, son rôle est allé grandissant, parallèlement au développement des pouvoirs législatifs du Parlement (Corbett *et al.* 1995 : 183).

Comment expliquer le degré relativement élevé de juridification qui caractérise le processus décisionnel communautaire ? Certains facteurs sont d'ordre structurel ;

ils tiennent à la nature complexe du système institutionnel communautaire, où se chevauchent – avec toutes les difficultés que cela implique – deux sortes de distribution du pouvoir : distribution « verticale » entre la Communauté et ses États membres, distribution « horizontale » entre les différentes institutions communautaires. Comme dans la plupart des systèmes de séparation des pouvoirs, la nécessité d'un arbitre juridictionnel s'est fait sentir et son activité a accru l'importance des questions juridiques.

À ces éléments institutionnels se sont ajoutées des causes d'ordre plus politique. Dans la plupart des systèmes où les conflits institutionnels peuvent être soumis à l'arbitrage d'une cour constitutionnelle, celui-ci ne constitue qu'un mode parmi d'autres de règlement des différends. Ainsi les partis politiques sont souvent plus enclins à rechercher une solution négociée qu'à engager une procédure judiciaire à l'issue toujours aléatoire. Mais cette alternative fait défaut au niveau communautaire, où l'influence des partis demeure relativement faible. Du reste, le système communautaire est avant tout un système de *checks and balances*, au sein duquel chaque institution jouit d'une autonomie considérable. Même si le rôle des partis devait s'accroître, il n'est pas sûr que les litiges à caractère institutionnel pourraient être résolus par leur intermédiaire. En revanche, le renforcement des cliques partisans pourrait conduire au développement d'un autre type de contentieux, où le pouvoir judiciaire aurait à arbitrer les conflits entre majorité et opposition. L'exemple de la France, où l'on a vu les conflits partisans alimenter la montée en puissance du Conseil constitutionnel (Stone 1992), est édifiant à cet égard. Quoi qu'il advienne, la juridification du processus politique communautaire ne semble pas appelée à disparaître de sitôt.

De l'utilisation stratégique des prétoires

Les institutions publiques ne sont pas les seules à avoir pris conscience du potentiel de la sphère juridique. D'autres acteurs – sociétés privées, groupes d'intérêt ou simples individus – se sont aperçus que le recours aux tribunaux pouvait leur permettre d'atteindre des résultats inaccessibles par les processus politiques ordinaires ; et ils ne se sont pas privés d'en faire usage.

A priori, rien ne laissait présager une telle évolution. Réagissant contre ce qui leur apparaissait comme une interprétation trop libérale des dispositions pertinentes du traité CECA, les rédacteurs du traité de Rome avaient opté pour une formule qui limitait strictement les possibilités de recours individuels introduits par des personnes privées contre les actes pris par les institutions : aux termes de l'article 173, seules les personnes « directement et individuellement » concernées par les actes communautaires peuvent en demander l'annulation.

Deux éléments ont toutefois permis aux intérêts privés de se montrer très actifs

sur un autre front, celui du rapport entre droit national et droit communautaire. Tout d'abord, dès l'arrêt *Van Gend en Loos* de 1962 (affaire 26/62), la Cour de justice a donné une interprétation extrêmement large aux interdictions de discrimination contenues dans le traité. Elle a vu dans nombre de ces dispositions la source de droits que les plaignants pouvaient invoquer devant les juridictions nationales – phénomène connu des juristes européens sous le nom d'*effet direct* du droit communautaire – même lorsque le langage du traité suggérait clairement qu'elles s'adressaient principalement aux États membres. Cette lecture du traité, qui l'érigait en catalogue de droits individuels, a ouvert aux particuliers les portes d'un arsenal argumentaire dont ils peuvent faire usage chaque fois que les autorités nationales leur paraissent violer les droits individuels reconnus par le droit communautaire.

L'accès à la Cour a aussi été facilité par une seconde révolution, de nature procédurale cette fois. Alors que le traité avait confié à la Commission le soin de déclencher les procédures en constatation de manquement destinées à sanctionner les violations du droit communautaire (article 169), la Cour de justice a accepté que les juridictions nationales utilisent le canal des questions préjudicielles (article 177) pour l'interroger – en termes souvent dépourvus de toute ambiguïté – sur la compatibilité de dispositions nationales avec le droit communautaire, opérant ainsi une véritable décentralisation du contrôle de l'application du traité (Dehousse 1997 : 33-36).

La combinaison de ces deux évolutions a considérablement élargi les possibilités d'utilisation de la sphère judiciaire par les personnes privées. Celles-ci, lorsqu'elles estiment que les règles communautaires sont plus favorables à leurs intérêts que les règles nationales, peuvent en effet introduire un recours devant une juridiction nationale et s'efforcer de la convaincre de renvoyer l'affaire à Luxembourg, en faisant valoir qu'en cas de conflit entre droit national et droit communautaire, c'est ce dernier qui l'emporte, en vertu du principe de primauté établi par la Cour de justice (affaire 6/64, *Costa c. ENEL*). Par ce canal, les acteurs privés peuvent lancer une offensive juridique au niveau européen contre les obstacles réglementaires auxquels ils se heurtent au niveau national. On a ainsi vu des grands magasins dénoncer les dispositions interdisant l'ouverture dominicale comme des entraves à la libre circulation, des firmes pharmaceutiques en faire autant avec les règles relatives à la commercialisation des médicaments, des femmes tirer parti du principe d'égalité de traitement énoncé à l'article 119 pour arracher des avantages sociaux qui leur étaient refusés au niveau national, etc.

Le développement de ce type de contentieux est le fruit d'une convergence de motivations spécifiques. Les plaignants ont trouvé là un instrument qui leur permet de promouvoir leurs intérêts propres, et la Cour de justice, un moyen de démanteler les nombreuses entraves aux échanges qui subsistaient au niveau

national, suppléant ainsi aux carences d'un législateur communautaire entravé par la recherche incertaine du consensus (Dehousse 1997 : 72 -76).

Le recours à des stratégies judiciaires est par nature complexe et aléatoire. De dispositions souvent vagues, la Cour de justice doit tirer les règles à appliquer aux litiges qui lui sont soumis. En raison de leur nature collégiale, ses décisions revêtent souvent un caractère de compromis. Cela ne contribue pas toujours à dissiper les incertitudes et peut même, à l'occasion, alimenter le contentieux. Par ailleurs, les procédures judiciaires sont à la fois lentes et lourdes. La durée d'une procédure préjudicielle à Luxembourg est de l'ordre de dix-huit mois, et ces procédures ne représentent qu'une étape dans un parcours judiciaire souvent beaucoup plus long. Pas moins de treize ans se sont ainsi écoulés entre la révocation de Mme Marshall et la décision de la Cour dans l'affaire Marshall II, qui statuait sur l'indemnisation des femmes que l'on avait contraintes, en violation de l'article 119, à prendre leur retraite plus tôt que les hommes (affaire C-271/91, *Marshall c. Southampton Area Health Authority*, N°2). Encore ne s'agissait-il pas là de la fin de l'odyssée judiciaire de la plaignante, puisque c'est aux tribunaux britanniques qu'il appartenait ensuite de fixer le montant de l'indemnité à laquelle elle pouvait prétendre...

Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que l'utilisation stratégique des procédures judiciaires européennes soit surtout le fait de grandes sociétés (Harding 1992) ou de groupes d'intérêt qui disposent de ressources suffisantes pour s'engager dans des batailles juridiques coûteuses et à l'issue incertaine. Ces deux catégories correspondent en effet au prototype du « participant fréquent » (*repeat player*) au jeu juridique décrit par le sociologue du droit Marc Galanter (1974) : un acteur doté des ressources et de l'expérience nécessaires pour affronter de longues batailles juridiques, et qui multiplie les procès pour atteindre ses objectifs à long terme. Pour ce genre d'acteur, les critères du succès et de l'échec ne sont pas les mêmes que pour un plaignant ordinaire, car le recours aux tribunaux est souvent source d'avantages immatériels intéressants. Même perdu, un procès peut leur permettre d'attirer l'attention de l'opinion publique sur un problème ou, plus simplement encore, engendrer suffisamment d'incertitudes pour entraver l'application de règles qui nuisent à leurs intérêts. De plus, lorsque leurs ressources leur permettent d'élaborer des stratégies de longue haleine, ils peuvent choisir les causes qu'ils soumettent aux tribunaux en fonction de leurs probabilités de succès ou de l'utilité qu'elles peuvent présenter dans une campagne de presse en faveur d'un changement législatif.

S'ils se montrent persévérants, ces « participants fréquents » peuvent contribuer à façonner la jurisprudence dans un domaine donné. La Commission britannique de l'égalité des chances (*Equal Opportunities Commission*) a ainsi financé près du tiers des renvois préjudiciels à la Cour de justice sur l'égalité des salaires ou sur l'égalité de traitement (Barnard 1995 : 254), ce qui explique la nette prédominance des affaires soumises par les juridictions britanniques dans ces domaines. Certes, les

groupes d'intérêt ne parviennent pas toujours à faire la preuve d'un intérêt suffisant pour agir en justice. La Cour s'est généralement montrée très stricte dans l'application des critères de recevabilité établis par l'article 173, empêchant de la sorte les associations de défense de l'environnement ou les organisations de consommateurs d'agir devant elle aussi souvent qu'elles l'auraient souhaité (Harlow 1992). Certains groupes ont toutefois su trouver une parade en recourant à ce que les Américains appellent un *test case*. L'opération consiste à sélectionner un plaignant qui réponde aux conditions de recevabilité requises par les tribunaux et qui dispose de bonnes chances de triompher devant la Cour. L'affaire *Defrenne* (affaires 80/70 et 43/75), véritable pierre angulaire du contentieux sur l'égalité de traitement, doit par exemple son origine aux efforts d'une juriste belge qui, désireuse d'interroger la Cour de justice sur la compatibilité de la législation de son pays avec l'article 119, lança avec l'aide de quelques groupes féministes une campagne destinée à « recruter » une plaignante susceptible de soumettre la question aux tribunaux. Après quelque temps, leur attention se porta sur le cas de Gabrielle Defrenne : hôtesse de l'air, celle-ci avait été victime de plusieurs discriminations par rapport à ses collègues masculins. Ayant reçu l'assurance qu'elle ne serait pas appelée à intervenir de façon active dans les procédures judiciaires, elle accepta que plusieurs actions en justice soient introduites en son nom, offrant aussi aux « entrepreneurs juridiques » qui l'avaient contactée la clé qui devait leur donner accès aux juges de Luxembourg (Harlow et Rawlings 1992 : 283).

Les nombreuses affaires sur la fermeture dominicale des magasins qui furent soumises à la Cour de justice vers la fin des années quatre-vingt étaient le fruit d'une stratégie du même genre. Dans l'analyse minutieuse qu'il a consacrée à cette saga, Richard Rawlings a montré que la voie judiciaire n'était qu'un des éléments d'une stratégie de longue haleine mise au point par quelques chaînes de grands magasins pour remettre en cause la législation britannique sur la fermeture hebdomadaire (Rawlings 1993). Après avoir perdu la bataille législative au Parlement de Westminster en dépit de l'enthousiasme thatcherien pour la déréglementation, les promoteurs de cette campagne décidèrent de lancer une offensive sur le front juridique. Invoquant les pertes liées à l'interdiction qui leur était faite d'ouvrir le dimanche, ils firent valoir qu'une part appréciable de leur chiffre d'affaires provenait de la vente de produits importés d'autres États membres, ce qui suffisait à leurs yeux pour conclure que la législation britannique représentait une entrave aux échanges, interdite par l'article 30 du traité CEE. À l'évidence, il s'agissait là d'une interprétation extensive de cette disposition, mais les formules à l'emporte-pièce utilisées par la Cour de justice dans l'arrêt *Dassonville* (affaire 8/74) donnaient quelque vraisemblance à leur thèse.

La réponse de la Cour fut d'une ambiguïté remarquable. Bien qu'elle reconnût que les règles relatives à l'ouverture des magasins n'avaient pas pour objectif

principal de régir les échanges intra-communautaires, mais qu'elles reflétaient plutôt les caractéristiques socio-économiques ou les choix politiques des États membres, la Cour n'en indiqua pas moins que « les mesures nationales régissant la commercialisation des produits relèvent de l'interdiction de l'article 30 lorsque leurs effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce », tout en laissant au juge britannique le soin d'apprécier si tel était bien le cas en l'espèce (affaire C-145/88, *Torfaen Borough Council c. B & Q*).

Sur le plan juridique, on ne peut pas prétendre que cet arrêt ait donné raison aux plaignants. Il serait plus juste de dire que, sentant qu'elle pouvait heurter des sensibilités nationales bien établies, la Cour avait renvoyé la balle aux juridictions nationales, auxquelles il appartenait de prendre, le cas échéant, les décisions dou loureuses qui s'imposaient. En revanche, au plan pratique, la décision de la Cour servait clairement les intérêts des grands magasins. Non seulement ceux-ci avaient pu continuer à ouvrir leurs portes le dimanche pendant toute la durée de la procédure, mais l'ambiguïté même de l'arrêt leur permettait maintenant d'entamer de longues batailles devant les juridictions nationales chaque fois qu'un conseil municipal décidait d'appliquer la loi. La multiplication des procédures finit par donner lieu à une série de jugements contradictoires, certains juges concluant à la parfaite compatibilité de la loi britannique avec le traité, d'autres à son incompatibilité absolue avec les principes généraux arrêtés par la Cour. Saisie à nouveau du problème, la Cour de justice décida de mettre un terme à la confusion en précisant son arrêt antérieur : dans la mesure où la loi britannique n'a qu'une incidence indirecte sur les importations, qui ne font l'objet d'aucune discrimination, elle ne tombe pas sous le coup de l'article 30, indiqua-t-elle (affaire C-169/91, *Stoke-on-Trent c. B & Q*).

En dépit de cet « échec » final, cette saga judiciaire donne un aperçu des nombreuses possibilités que le contentieux européen peut offrir aux acteurs dotés des ressources nécessaires pour y prendre part. Le caractère relativement indéterminé de nombreuses dispositions du traité de Rome autorise en effet des interprétations généreuses, pour peu que la Cour de justice ne fasse pas montre d'une timidité excessive, ce qui a été le cas jusqu'à une date récente³. On assiste ainsi à une « judiciarisation » de nombreux choix politiques : des décisions qui relevaient auparavant de la sphère politique interviennent désormais dans le cadre de procédures judiciaires. À cet égard, l'exemple qui vient d'être rapporté est édifiant. Tout en s'inclinant ostensiblement devant l'autonomie dont doivent jouir les législateurs

3. Pour une analyse de l'évolution récente de la jurisprudence communautaire et des raisons structurelles qui peuvent expliquer le changement de cap effectué par la Cour, voir Dehousse 1998, chapitre 6.

nationaux en matière de réglementation commerciale, la Cour de justice n'en a pas moins indiqué que la marge de manœuvre dont ils disposaient n'était pas illimitée : leurs interventions sont en effet soumises au contrôle des autorités judiciaires nationales et européennes, qui doivent apprécier si elles sont compatibles avec le principe fondamental de la liberté de circulation des marchandises. En cas de conflit, c'est au pouvoir judiciaire que reviendra le dernier mot.

Dans les domaines où l'influence du droit communautaire se fait sentir – et ils sont nombreux – les tribunaux sont donc en mesure d'exercer une influence considérable sur la décision politique. Le contentieux communautaire sur la libre circulation des marchandises ou sur l'égalité de traitement a contraint de nombreux États membres à revoir leur législation. Par ailleurs, les procédures judiciaires engagées au niveau européen peuvent avoir un impact économique considérable. En Grande-Bretagne, par exemple, la jurisprudence communautaire sur l'égalité de traitement a entraîné une avalanche de recours introduits par des femmes-soldats qui avaient été licenciées par les forces armées au motif que leur grossesse ne leur permettait plus d'exercer leurs fonctions correctement. Les données fournies par l'administration britannique indiquent qu'en 1994 plus de 30 millions de livres sterling avaient déjà été versées aux plaignantes à titre de dédommagement. Encore ce chiffre a-t-il dû s'accroître considérablement par la suite, puisqu'il y avait à l'époque 2 700 affaires de même nature encore pendantes devant les tribunaux (Barnard 1995). Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence relative à la responsabilité financière de l'État en cas de violation du droit communautaire (affaires jointes C-6 et 9/90, *Francovich et Bonifaci*) semble avoir donné des ailes aux plaignants, conduisant notamment un groupe de patrons-pêcheurs espagnols à réclamer une somme de 30 millions de livres sterling pour compenser les pertes subies en raison d'un régime d'enregistrement obligatoire invalidé par la Cour de justice (affaires jointes C-46 et 48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame III*).

On touche ici du doigt un autre aspect intéressant de la « judiciarisation » : son effet cumulatif. Des jugements remarquables peuvent inciter des avocats inventifs à tenter leur chance dans d'autres domaines. Le fameux arrêt *Cassis de Dijon*, dans lequel la Cour de justice a développé le principe de reconnaissance mutuelle des législations nationales (affaire 120/78), a inspiré de nombreux recours contre les règles nationales sur les pratiques du commerce. En définitive, les procédures qui touchent à des questions de société ou à des problèmes politiques – qu'il s'agisse de réglementation du temps de travail, de politique industrielle ou d'avortement – sont autant de projecteurs braqués sur le système judiciaire européen, qui peuvent encourager d'autres plaignants potentiels à tirer parti des ressources que la juridification peut leur offrir.

La juridification et ses limites

La juridification de la décision politique à laquelle on assiste témoigne d'une dynamique autonome de la sphère juridique. À l'évidence, une telle évolution répond moins à la volonté des pères fondateurs de la Communauté qu'aux choix opérés par la Cour de justice. Si les juges communautaires avaient opté pour une interprétation des traités plus conforme aux canons de base du droit international, s'ils s'étaient refusés à contrôler indirectement la conformité du droit national au droit communautaire ou s'ils s'en étaient tout simplement tenus à une lecture littérale de certaines dispositions clés comme l'article 173, l'ampleur du processus n'aurait pas été telle. Par ses interprétations innovantes, la Cour a considérablement élargi la marge de manœuvre des acteurs publics – gouvernements nationaux et institutions européennes – sur la scène juridique ; elle a aussi fourni aux acteurs privés des raisons d'agir par la voie judiciaire (et des moyens pour le faire) lorsque le droit communautaire est plus favorable à leurs intérêts que le droit national. Ce faisant, elle a considérablement renforcé ses propres pouvoirs, ainsi que ceux des juges nationaux, dans la mesure où un nombre appréciable de décisions ont été soustraites au pouvoir politique pour passer sous contrôle des autorités judiciaires.

Certes, il peut paraître tautologique d'insister sur le rôle central de la juridiction suprême dans des considérations sur le développement de la juridification du politique. Néanmoins, cela nous ramène à une vérité première trop souvent négligée : en « disant le droit », les organes juridictionnels assurent inévitablement une fonction créatrice. Ce rôle créateur ne concerne pas seulement la teneur de la règle de droit ; leurs décisions contribuent aussi à structurer le dialogue entre les principaux participants au jeu juridique, déterminant notamment ceux qui peuvent prendre part au débat ou les arguments qui peuvent être invoqués, comme l'a fait la Cour pour le Parlement européen.

Il est clair que cette tendance à la juridification peut contribuer à affaiblir la légitimité de l'ensemble du processus d'intégration. L'Union européenne souffre déjà d'une forme de « déficit politique » dans la mesure où des acteurs comme les partis, les syndicats, voire les médias, dont l'action sert souvent de repère aux électeurs nationaux, sont généralement de peu de poids au niveau européen (Dehousse 1995). À bien des égards, la juridification aggrave cette situation (Mandel 1994 : 78). En camouflant les conflits d'intérêt, en substituant aux luttes partisans des débats – politiquement neutres, en principe – sur l'interprétation du droit, elle mine le processus politique, ouvrant du même coup une brèche béante devant tous les adversaires de l'intégration, qui ont beau jeu de dénoncer le remplacement de la démocratie citoyenne, fondée sur le suffrage universel, par une forme de « démocratie contentieuse », paravent du gouvernement des juges (Chevènement 1997 : 11).

Bien sûr, le même processus peut être vu sous un jour plus positif. Après tout,

les possibilités de faire appel aux tribunaux internationaux sont rares, et les citoyens peuvent de la sorte protéger leurs droits contre des décisions des administrations nationales qui servent souvent des intérêts bien spécifiques, même si une fiction quelque peu complaisante veut y voir le produit d'une hypothétique volonté générale. Reste cependant qu'en cette période de méfiance grandissante envers le vent du large – intégration européenne et mondialisation – les arrêts des juges communautaires peuvent facilement être perçus comme des intrusions qui remettent en cause les choix et les traditions des communautés nationales.

Du reste, si l'on en juge par son comportement au cours des dernières années, la Cour de justice elle-même semble bien consciente de ce qu'un développement excessif de la judiciarisation l'expose au feu de la critique. Réagissant aux échos en provenance de ses interlocuteurs traditionnels – juridictions et gouvernements nationaux –, ses interprétations se sont faites plus prudentes. La Cour se montre désormais soucieuse d'éviter une dérive incontrôlée du contentieux judiciaire. Elle a décidé à plusieurs reprises qu'un arrêt d'annulation n'aurait qu'un effet rétroactif limité, de façon à éviter que les autorités nationales ne soient submergées par des recours en cascade (voir par exemple les affaires 43/75, *Defrenne* et C-262/88, *Barber*). Plus récemment, au vu de la multiplication des recours qui prenaient pour cible la réglementation commerciale des États membres, elle a revu sa jurisprudence *Cassis de Dijon* afin d'éviter que les opérateurs économiques n'invoquent l'article 30 chaque fois qu'une règle limite leur liberté commerciale (affaires jointes C-267 et 268/91, *Keck et Mithouard*). Voilà bien la meilleure illustration qui se puisse concevoir de l'autonomie de la sphère juridique, dira-t-on, puisque c'est la Cour qui assure la régulation du contentieux communautaire. Mais l'argument peut être retourné, dans la mesure où cette autonomie apparaît tributaire de la sensibilité politique dont sait faire preuve la haute juridiction. Que ce dernier élément vienne à manquer, et les rapports entre droit et politique pourraient bien changer.

Bibliographie

- ALLEN (David), 1996. « Competition policy » dans Helen et William WALLACE (ed.), *Policy-Making in the European Union*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, pp. 157-183.
- ALTER (Karen), 1996. « The European Court's political power », *West European Politics*, vol. 19, pp. 458-487.
- BARNARD (Catherine), 1995. « A European litigation strategy : the case of the Equal Opportunities Commission » dans Jo SHAW et Gillian MOORE (ed.), *Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Clarendon Press, pp. 253-272.
- BERMAN (George), 1995. « Regulatory decision-making in the European Commission », *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, pp. 415-433.
- BURLEY (Slaughter), MATTI (Anne-Marie et Walter), 1993. « Europe before the Court : a political theory of legal integration », *International Organization*, vol. 47, pp. 41-76.
- CHEVÈNEMENT (Jean-Pierre), 1997. « Cinq ans après » dans *Le Bêtisier de Maastricht*, Paris, Arléa, pp. 7-34.
- CORBETT (Richard), JACOBS (Francis) et SHACKELTON (Michael), 1995. *The European Parliament*, 3^e éd., Londres, Catermill.
- DEHOUSSE (Renaud), 1995. « Constitutional reform in the European Community : are there alternatives to the majoritarian avenue ? », *West European Politics*, vol. 18, pp. 118-136.
- DEHOUSSE (Renaud), 1997. *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 2^e éd.
- DEHOUSSE (Renaud), 1998. *The European Court of Justice – The Politics of Judicial Integration*, Londres, Macmillan.
- GALANTER (Marc), 1974. « Why the "Haves" come out ahead : speculations on the limits of legal change », *Law and Society*, pp. 95-160.
- GARRETT (Geoffrey), 1992. « International cooperation and institutional choice : the European Community's internal market », *International Organization*, vol. 41, pp. 533-560.
- GARRETT (Geoffrey), 1995. « The politics of legal integration in the European Union », *International Organization*, vol. 49, pp. 171-182.
- GREEN (Andrew W.), 1969. *Political Integration by Jurisprudence*, Leyde, Sijthoff.
- HARDING (Christopher), 1992. « Who goes to court in Europe ? An analysis of litigation against the European Community », *European Law Review*, vol. 17, pp. 104-125.
- HARLOW (Carol), 1992. « Towards a theory of access to the European Court of justice », *Yearbook of European Law*, vol. 12, pp. 213-248.
- HARLOW (Carol) et RAWLINGS (Richard), 1992. *Pressure through Law*, Londres, Routledge.
- KEOHANE (Robert O.) et HOFFMANN (Stanley), 1991. « Institutional change in Europe in the 1980s », dans R. KEOHANE et S. HOFFMANN (ed.) *The New European Community*, Boulder, Westview.

- LEIBFRIED (Stephan) et PIERSON (Paul), 1996. « Social Policy » dans Helen et William WALLACE (ed.), *Policy-Making in the European Union*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, pp. 185-207.
- MANDEL (Michael), 1994. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, 2^e éd., Toronto, Thompson.
- MATTLI (Walter) et SLAUGHTER (Anne-Marie), 1995. « Law and politics in the European Union : a reply to Garrett », *International Organization*, vol. 49, pp. 183-190.
- PIRIS (Jean-Claude), 1994. « Après Maastricht, les institutions européennes sont-elles plus efficaces, plus démocratiques, plus transparentes ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 30, pp. 1-37.
- RASMUSSEN (Hjalte), 1986. *On Law and Policy in the European Court of Justice – A Comparative Study in Judicial Policy-Making*, Dordrecht, Nijhoff.
- RASMUSSEN (Hjalte), 1998. *European Court of Justice*, Copenhagen, Gad Jura.
- RAWLINGS (Richard), 1993. « The Eurolaw game : some deductions from a saga », *Journal of Law and Society*, vol. 20, pp. 309-340.
- SCHEINGOLD (Stuart A.), 1971. « The law in political integration : the evolution and integrative implications of regional legal processes in the European Community », *Occasional Papers* n° 27, Harvard University Center for International Affairs.
- SHAPIRO (Martin), 1980. « Comparative law and comparative politics », *Southern California Law Review*, vol. 53, p. 538.
- SLAUGHTER (Anne-Marie), STONE SWEET (Alec) et WEILER (Joseph H. H.) (ed.), 1998. *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence : Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart.
- STEIN (Éric), 1981. « Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution », *American Journal of International Law*, vol. 75, pp. 1-27.
- STONE (Alec), 1992. *The Birth of Judicial Politics in France : The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press.
- STONE SWEET (Alec) et CAPORASO (James), 1998. « La Cour de justice et l'intégration européenne », *Revue française de science politique*, vol. 48, pp. 195-244.
- WEILER (Joseph H. H.), 1981. « The Community system : the dual character of supranationalism », *Yearbook of European Law*, vol. 1, p. 267.
- WEILER (Joseph H. H.), 1982. « Community, member states and European integration : is the law relevant ? », *Journal of Common Market Studies*, vol. 20, pp. 399-456.
- WEILER (Joseph H.H.), 1994. « A quiet revolution – the European Court of justice and its interlocutors », *Comparative Political Studies*, vol. 26, pp. 510-534.

Liste des arrêts cités

- 26/62, *Van Gend en Loos*, Rec. 1963, 3.
6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, Rec. 1964, 1141.
80/70, *Defrenne I*, Rec. 1971, 445.
8/74, *Dassonville*, Rec. 1974, 837.
43/75, *Defrenne II*, Rec. 1976, 455.
120/78, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, Rec. 1979, 649.
138/79, *Roquette*, Rec. 1980, 3333.
13/83, *Parlement c. Conseil*, Rec. 1985, 1513.
205/84, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, Rec. 1986, 3775.
281, 283-285 et 287/85, *R.F.A. et autres c. Commission*, Rec. 1987, 3203.
68/86, *Royaume-Uni c. Conseil*, Rec. 1988, 4607.
302/87, *Parlement c. Conseil*, Rec. 1988, 5615.
C-70/88, *Parlement c. Conseil*, Rec. 1990, I-2072.
C-145/88, *Torfaen Borough Council c. B & Q*, Rec. 1989, I-3851.
C-262/88, *Barber*, Rec. 1990, I-1889.
C-6 et 9/90, *Francovich et Bonifaci*, Rec. 1991, I-5357.
C-169/91, *Stoke-on-Trent c. B & Q*, Rec. 1992, I-6457.
C-267 et 268/91, *Keck et Mithouard*, Rec. 1993, I-6097.
C-271/91, *Marshall c. Southampton Area Health Authority II*, Rec. 1993, I-4367.
C-46 et 48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame III*, Rec. 1996, I-1029.
C-84/94, *Royaume-Uni c. Conseil*, Rec. 1996, I-5755.