

Quel rôle pour la Cour de justice en tant que moteur de la construction européenne ?

Laurent SCHECK et Luca BARANI

1. De nouvelles menaces contre le droit de l'Union

Le processus d'intégration par le droit est-il menacé à la suite de l'échec de la Constitution européenne et des difficultés rencontrées dans le processus de ratification du traité de Lisbonne ? L'univers du droit européen semble en ébullition depuis quelques années et il convient dès lors d'essayer de mesurer l'impact de la crise constitutionnelle et politique de l'Union européenne sur les pratiques juridiques ainsi que sur la réception de la jurisprudence de la Cour de justice (CJ) par les autorités nationales.

Tandis que les Etats membres et les institutions européennes tentent tant bien que mal de relancer l'UE, le droit européen a subi au moins trois revers successifs sur le plan constitutionnel, juridictionnel et politique. Tout d'abord, la consécration du principe de la primauté du droit européen et l'extension des compétences de la Cour de justice inscrites dans la Constitution européenne ont été paralysées par le naufrage de cette dernière avant d'être réintroduites sans gloire dans le dernier projet de traité. La mise en veille du processus constitutionnel a également affecté la charte des droits fondamentaux. Après avoir été célébrée comme un instrument constitutionnel d'excellence qui aurait permis à l'architecture institutionnelle de l'UE d'acquiescer ses lettres de noblesse (Bribosia 2004), la charte est devenue l'une des principales pommes de discorde des gouvernements dans le cadre d'un projet de traité dont le sort reste encore incertain. Le déplacement vers l'intérieur du traité, voire l'enfouissement, de ce catalogue des droits fondamentaux qui, placé au fronton des traités, aurait considérablement renforcé le pouvoir de la Cour de justice en tant que cour « constitutionnelle » supranationale, fait perdre à la charte non pas sa valeur juridique, mais une grande partie de son prestige.

Plusieurs coups durs ont par la suite été portés au droit européen et à la Cour de Luxembourg. Sur le plan judiciaire, une décision de la Cour constitutionnelle allemande a rendu le mandat d'arrêt européen inopérant en Allemagne en juillet 2005. La décision du *Bundesverfassungsgericht* suggérait que l'absence de principes généraux clairement déterminés par la Cour de justice en matière de coopération policière et judiciaire pourrait entraîner une nouvelle série d'arrêts de type *Solange* (Vervaele 2005, p. 5), retenant une compétence d'exercer un contrôle constitutionnel sur le droit communautaire « aussi longtemps » qu'une garantie communautaire des droits fondamentaux équivalente au *Grundgesetz* n'est pas établie. Cette réappropriation du contrôle de la validité des normes européennes est intervenue à peine un mois après l'arrêt *Pupino* où la Cour de justice avait étendu l'emprise du droit de l'Union sur les règles nationales dans le domaine pénal, alors que les traités excluaient cette possibilité.

La décision de la Cour constitutionnelle allemande concernant le mandat d'arrêt a provoqué un effet domino à l'échelle européenne (Mitsilegas 2005 ; Guild 2006). En septembre 2005, seulement trois mois après le refus d'extradition des juges de Karlsruhe d'un ressortissant allemand vers l'Espagne, la justice espagnole a déclaré nuls des mandats d'arrêt européens en provenance de l'Allemagne. Dans cette même perspective, d'autres cours constitutionnelles, notamment en Pologne et à Chypre, ont également fait entendre qu'il convient de prendre en compte certaines préoccupations nationales au niveau européen, surtout dans le domaine de la coopération judiciaire et policière.

Si le jeu des relations entre la Cour de justice et les cours nationales a depuis toujours été marqué par des phases de conflit et de compétition (Burgogue-Larsen 2000), la recrudescence de ce phénomène et sa propagation trans-européenne est d'autant plus marquante que les résistances politiques à l'égard de la Cour de justice et du droit européen se sont également multipliées. La veille du début de la présidence autrichienne de l'UE, le 31 décembre 2005, le Premier ministre autrichien, Wolfgang Schüssel, a ainsi critiqué la Cour de justice pour son « travail d'expansion systématique des compétences communautaires » dans des domaines qui relèvent « clairement du droit national »¹.

Cette prise de position était, entre autres, une réaction à un arrêt rendu le 13 septembre 2005, par lequel la Cour de justice avait reconnu à la Commission le droit de proposer des sanctions pénales pour faire respecter la législation de l'Union, contre le Conseil et onze Etats membres. Au Parlement européen, qui avait soutenu la Commission dans cette affaire, des souverainistes s'étaient néanmoins émus et l'eurodéputé français Patrick Louis a dénoncé la « méthode insidieuse » par laquelle la Commission, « en dépit des traités actuels », avait obtenu de la Cour « rien de moins que le transfert de compétences de la législation pénale à son profit »².

¹ « Fresh EU presidency attacks European Court of Justice », *EUobserver.com*, 3 janvier 2006.

² *Le Monde*, « La Cour de justice est accusée d'outrepasser ses compétences », 13 janvier 2006, voy. aussi la prise de position d'un haut fonctionnaire de la Commission (Petite 2006).

2. Une Cour peu impressionnée

Cette multiplication simultanée des coups de semonce en direction du droit de l'UE annonce-t-elle le crépuscule de l'influence de la Cour de justice sur la construction européenne ? A y regarder de plus près et malgré les critiques récentes à l'égard de certaines décisions de la Cour de justice, les juges de cette cour qui a considérablement influencé l'évolution de la construction européenne (Vauchez 2007 ; Cohen et Vauchez 2005 ; Alter 2001 ; Stone Sweet et Caporaso 1998) ne semblent guère intimidés par la recrudescence des résistances à leur égard ni par l'éclatement de la « bulle constitutionnelle ».

Il serait tout d'abord risqué d'interpréter la jurisprudence de la Cour de justice de manière univoque, suivant l'idée qu'elle évoluerait d'une politique intégrationniste vers une politique prenant désormais en compte les intérêts des Etats membres. La jurisprudence de la Cour de justice n'a jamais été totalement linéaire. Les juges n'ont-ils par ailleurs jamais été sensibles aux intérêts étatiques ? Leurs décisions les plus audacieuses n'ont-elles pas rencontré des échos positifs auprès de certains gouvernements ? Comment définir l'intérêt étatique dans une Union composée de vingt-sept Etats membres ? La Cour de justice a depuis toujours été critiquée par des acteurs pro-européens lorsqu'elle prenait en considération la souveraineté de ses Etats membres, tout comme elle a été louée par ces mêmes acteurs lorsqu'elle faisait avancer l'intégration. Cette situation n'a guère changé. Sans qu'il soit nécessaire ici de faire une micro-sociologie de la Cour de justice, on peut sans doute mieux comprendre le rôle qu'elle joue dans un contexte institutionnel et politique qui s'est radicalement transformé depuis le début des années 1990, à travers une analyse socio-politique de sa jurisprudence.

Il apparaît dès lors que la Cour de justice est avant tout restée un véritable « agent de politisation » de la construction européenne (Courty et Devin 2005, p. 66). Malgré un contexte politique plus complexe, le retentissement de ses arrêts les plus osés est systématiquement prolongé par le discours et l'action législative de divers entrepreneurs politiques publics et privés, surtout à la Commission et sans que la Cour de justice soit nécessairement en mesure de contrôler les effets politiques de ses arrêts. L'influence politique de la Cour de justice s'explique en effet surtout par la manière dont ses arrêts sont récupérés par les institutions et les acteurs privés (qu'il s'agisse de grandes entreprises ou de petites ONG) sans oublier la doctrine elle-même qui, en montrant les répercussions à long terme de certains arrêts, les inscrit simultanément dans le processus historique de la construction européenne.

A titre d'exemple, il suffit de regarder les mobilisations au sein de la Commission et du Parlement pour l'établissement de sanctions pénales en matière d'environnement engendrées par le jugement du 13 septembre 2005 pour se persuader de la présence continue de la Cour de justice dans le jeu politique européen. La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, du 9 février 2007, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal dans laquelle la Commission ne fait pas seulement référence à la décision de la Cour de justice du 13 septembre 2005 mais elle en découle aussi directement. Il s'agit là d'un texte législatif qui sera peut-être encore influencé par un nouvel arrêt du 23 octobre 2007 dans l'affaire C-440/05 lors duquel la Cour a laissé entendre que sa décision du 13 septembre 2005 est susceptible de s'étendre à d'autres

champs politiques (ce qui serait favorable à l'approfondissement de la construction européenne), tout en faisant une interprétation restrictive quant à la question de savoir si la détermination du type et du niveau des sanctions pénales à appliquer relève de la compétence de la Communauté. En annulant la décision-cadre 2005/667/JAI du Conseil du 12 juillet 2005 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires, la Cour de justice a *de facto* privilégié la souveraineté des Etats membres. Mais au-delà de la question du degré d'intentionnalité politique de cette décision et de la constellation des positions des différents juges qui ont participé à la décision, on peut dire avec Alec Stone Sweet, qu'une cour se trouve toujours dans un « état de crise permanent » (Stone Sweet 2004, p. 7) qui fait que, dans la mesure du possible, les juges préfèrent ne pas trancher nettement en faveur d'un vainqueur et d'un perdant. Généralement, les systèmes d'adjudication répartissent les coûts de la décision entre les parties. Dans le cas présent, l'attitude de la Cour a évité de trancher clairement en faveur des institutions supranationales qui ont transformé la décision du 13 septembre 2005 en moteur de la politique européenne ou d'Etats membres de plus en plus inquiets de la capacité d'extension presque inhérente au droit communautaire.

D'un point de vue historique, les « interprétations constructives » de la Cour de justice ont, par ailleurs, depuis toujours suscité des réactions politiques ou judiciaires. En témoigne, à côté de la saga *Solange*³, la multiplication des clauses de sauvegarde relatives aux compétences européennes en matière de protection des droits de l'homme, notamment dans la charte. Les résistances à la Cour de justice ne sont donc pas nouvelles. Depuis près de vingt ans, plusieurs gouvernements ont cherché à contrer l'effet intégrateur des droits fondamentaux souvent instrumentalisés par une Cour de justice entreprenante pour réaffirmer la primauté du droit de l'Union face aux réserves constitutionnelles des juridictions suprêmes nationales qui pointaient du doigt l'absence initiale de garanties relatives aux droits de l'homme dans les traités. Partant, il n'est pas surprenant que pour certains gouvernements, l'intégration des droits de l'homme dans les traités, la charte ou la Constitution devait s'accompagner d'une limitation claire des compétences de la Cour de justice.

La crise constitutionnelle qui a suivi les référendums français et néerlandais a peut-être moins affecté la manière dont les juges interprètent et énoncent le droit européen, mais elle a brutalement transformé le contexte dans lequel opère la Cour de justice. En l'espace de quelques semaines, la Cour de justice est passée d'une phase où son rôle était sur le point d'être étayé plus que jamais auparavant, à une situation où elle était soudainement confrontée à une nouvelle vague de critiques, se retrouvant de nouveau plus isolée dans son rôle d'ultime gardienne de l'ordre juridique de l'UE.

³ Dans sa célèbre décision *Solange* (29 mai 1974, BVerfGE 37, 271), où la problématique de la suprématie communautaire sur les constitutions nationales a refait surface, le tribunal constitutionnel allemand a estimé que la protection accordée par la Communauté n'était pas à la hauteur de la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*) et qu'il ne saurait accepter la primauté du droit communautaire et l'effet direct « aussi longtemps » qu'une garantie communautaire des droits fondamentaux n'était pas établie, incitant la Cour de justice à devenir l'un des acteurs les plus audacieux de la protection des droits de l'homme au niveau communautaire.

Plutôt que de renforcer l'intensité de ses politiques jurisprudentielles en vue de compenser un vide politique, la Cour de justice s'est cependant surtout démarquée par la constance de son travail. Dans l'ensemble, elle n'a pas fléchi, même si ses arrêts les plus audacieux causent désormais des retours de flamme plus sévères. Le fait qu'elle continue également à produire des arrêts parfois alambiqués, ne permet pas de conclure à un affaiblissement de la Cour de justice simplement parce que ce serait suridéaliser son rôle par le passé. La tendance à produire des arrêts téléologiques ne s'est pas non plus renforcée si l'on compare la production normative de la Cour de justice à celle des dix dernières années. Ainsi, les juges de la Cour de justice n'ont pas fait preuve d'un excès d'ambition pour relancer à eux seuls la construction européenne. Pendant les années 2005 à 2007, lorsque les gouvernements cherchaient activement à sortir l'Union de son impasse constitutionnelle, toute forme d'activisme juridictionnel décomplexé aurait sans doute nui à leur crédibilité et le renforcement de la Cour de justice dans le cadre d'un traité qui, s'il entre en vigueur, promet à la Cour un bel avenir.

3. Un cadre conceptuel pour les relations entre les cours : l'approche d'Albert Hirschman

D'un point de vue conceptuel, on peut appréhender la question de la stratégie de la Cour de justice par le biais du cadre théorique d'Albert Hirschman et ainsi rendre compte des dynamiques empiriques de ses relations avec les gouvernements et les cours nationales. Dans la formulation d'un modèle analytique pour toute organisation connaissant une crise et/ou stagnation, Hirschman s'est demandé quelles sont les attitudes de ses membres et les facteurs qui peuvent influencer leurs comportements. Ce schéma fournit une carte conceptuelle pour analyser le processus d'intégration juridique européenne : la défection, la prise de parole et la loyauté.

Dans une situation de crise, le choix entre défection et prise de parole est au cœur de l'analyse de Hirschman. Du côté de la défection, on peut faire valoir sa défection de manière contractuelle (en démissionnant), physique (en pratiquant l'absentéisme ou en diminuant son implication) et psychique (en exécutant de façon machinale ou avec des comportements escapistes comme la rêverie, les activités inutiles ou les gestes passifs contre-productifs). Du côté de la prise de parole, on peut se mobiliser de façon individuelle ou collective, en utilisant différents canaux d'expression : de la protestation individuelle à la manifestation, en passant par la pétition. Le modèle proposé paraît assez remarquable par sa richesse et sa simplicité. Toutefois, l'auteur reconnaît que certaines conduites se situent à mi-chemin entre la défection et la prise de parole : par exemple le boycott, le retrait partiel, l'implication réduite ou la menace de départ (Farrell 1983 ; Luchak 2003).

Pourtant l'efficacité de ces deux comportements est, selon Hirschman, déterminée par le contexte. En situation de concurrence, la défection peut être le seul moyen de protestation, les consommateurs étant supposés extrêmement vigilants. Dans cette perspective, comme la baisse de qualité est très rapidement perçue, elle va entraîner une défection extrêmement massive. Cette défection massive, loin de contribuer à une amélioration de la qualité, ne va, au contraire, donner aucune possibilité à l'organisation incriminée d'améliorer ses produits. L'organisation va donc disparaître.

La prise de parole peut prendre le pas sur la défection lorsque les clients d'une entreprise ou les membres d'une organisation estiment n'avoir aucune chance de transformer la situation à laquelle ils sont confrontés en faisant défection et ont peur du surcoût (matériel ou moral) engendré par la défection. La prise de parole ne doit pas non plus dépasser un certain seuil. En effet, l'acharnement des membres d'un parti politique, par exemple, peut avoir un effet contre-productif.

Par ailleurs, Hirschman a introduit le concept de loyauté, qui permet de rendre compte du choix des acteurs entre la défection et la prise de parole. La loyauté est définissable, selon Hirschman, comme une forme particulière d'attachement à une organisation qui consiste à renoncer à la défection pour essayer d'améliorer la performance de l'organisation auquel les membres sont restés loyaux. Il s'agit là d'un facteur qui influence la décision de faire défection ou de prendre la parole.

La loyauté dont parle Hirschman se rencontre particulièrement dans des organisations qui socialisent fortement l'individu : elle intervient dans les groupes humains fondamentaux comme la famille, la tribu, l'Eglise, l'Etat, à l'égard desquels la défection est en général impensable, même si elle n'est pas tout à fait impossible (Hirschman 1970, p. 122). Toutefois, afin que la loyauté soit dotée d'une quelconque efficacité, la menace d'une possible défection doit être crédible. En effet, ce concept implique une possibilité de choix pour les individus par rapport à la continuation de leurs rapports et/ou leurs promesses dans un environnement socialisé.

Puisque la loyauté est liée à la possibilité d'un choix libre de comportement, ce choix fait aussi l'objet d'une interprétation par rapport aux liens de loyauté tels qu'interprétés par les acteurs eux-mêmes (Turnley et Feldman 1999). A la lumière de ces considérations, la loyauté est un choix contextuel stratégique, qui peut être motivé par des intérêts et/ou des idéaux, par rapport au maintien d'une promesse en conformité avec les normes sociales d'une organisation ⁴.

Si on applique le modèle analytique de Hirschman, il faut évidemment l'adapter au contexte judiciaire. Par rapport au continuum « défection-prise de parole », on peut classer les réactions politiques et juridictionnelles récentes aux arrêts de la Cour de justice du côté « prise de parole », plutôt que du pôle « défection ». Il semble en effet que ces réactions traduisent davantage une certaine insatisfaction, mais pas à un point où l'on pourrait suggérer une volonté de sortie du système. La question qui se pose dès lors est de savoir dans quelle mesure la Cour de justice est prête à adapter sa trame jurisprudentielle et à prendre en compte les soucis exprimés au niveau national.

Pour ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de justice européenne sur la primauté du droit de l'UE, et la controverse sur la question de la *Kompetenz-Kompetenz* (Craig 2002), une perspective d'ensemble sur cinquante ans d'intégration juridique conforte la perspective de Hirschman. Par rapport à la réception de la doctrine jurisprudentielle de la primauté émise par la Cour de justice, plusieurs

⁴ Selon l'encyclopédie Universalis, le concept de loyauté recouvre deux dimensions. D'une part, la loyauté est une attitude morale. La loyauté est la fidélité ou le dévouement envers une cause ou une personne. D'autre part, la loyauté est aussi une qualité éthique, dans le complexe fidélité-rectitude des relations sociales. Elle se rapporte aussi à la fiabilité et la crédibilité. Ceci exclut la tromperie et le mensonge. Voy. <http://www.universalis.fr/corpussearch-encyclopedie/134/loyaute/encyclopedie/loyaute.htm>.

cours constitutionnelles (ou de dernier ressort) nationales des Etats membres avaient clairement rejeté la primauté par rapport à leurs constitutions nationales. Les cours qui ont réagi le plus vivement se trouvent dans les pays fondateurs (Allemagne, France, Italie) et dans les pays du premier élargissement (Royaume-Uni, Danemark), mais les derniers remous autour du mandat d'arrêt européen tendent à montrer qu'une telle tendance est loin d'être exclue dans les nouveaux Etats membres.

Il doit être aussi remarqué que le défi au principe de primauté (et de la juridiction exclusive de la Cour de justice en la matière) a été le plus fort dans le contexte des droits fondamentaux (Allemagne, France et Italie) et des compétences à légiférer (Royaume-Uni, Danemark, Allemagne). D'une part, il s'agit ici de questions de droit qui ont une importance politique majeure car, en touchant à des problèmes de loyauté, elles sont un moteur potentiel de désaccord (House of Lords 2004). D'autre part, les réactions des cours nationales, spécialement dans le domaine des droits fondamentaux, ont influencé en contrepartie la jurisprudence de la Cour de justice – celle-ci a notamment développé une jurisprudence en matière de droits fondamentaux en réponse directe aux résistances des cours nationales et instrumentalisé cette dernière pour augmenter efficacement leur loyauté.

Pour ce qui concerne la problématique de *Kompetenz-Kompetenz*, les autorités judiciaires nationales ne contestent pas la juridiction de la Cour de justice sur la validité du droit européen, mais plutôt une interprétation exclusive de cette juridiction, qui exclut toute autre intervention pour la déclaration d'invalidité. Certaines cours nationales sont allées plus loin (Allemagne et France) que d'autres (Italie) dans leur contestation d'appropriation exclusive de la juridiction sur le droit communautaire par la Cour de justice, mais en pratique aucune n'a franchi le pas de déclarer l'invalidité d'un acte normatif européen. Un tel scénario catastrophe pour l'uniformité du droit de l'UE a été évité aussi en raison de l'attention prêtée par la Cour de justice aux questions qui lui sont adressées par les cours nationales via la procédure de contrôle de validité au titre de l'article 234. Ceci a contribué à l'évitement de crises à travers l'établissement d'une culture de dialogue dans une situation de pluralisme juridique (Harlow 2002).

Dans cette perspective, il faut noter qu'au moment où l'on parle du rejet politique de l'Union européenne en France, l'Europe des juges avance. Ainsi, le Conseil d'Etat vient de rendre un arrêt dans lequel il renonce à trancher sur un texte réglementaire adopté par le gouvernement français en obtempération à la législation européenne et au profit de la Cour de justice des Communautés européennes ⁵. Il s'agit du dernier mouvement d'une longue marche des plus hautes juridictions françaises – Conseil constitutionnel, Cour de cassation et Conseil d'Etat – dans la reconnaissance du principe de primauté du droit européen sur le droit national et de la hiérarchie des normes énoncée, il y a quarante ans, dans l'arrêt *Costa* ⁶.

⁵ Voy. l'éditorial intitulé « Loi européenne » dans *Le Monde* du 9 février 2007 sur l'arrêt du Conseil d'Etat à la suite d'un autre arrêt similaire du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 ; voy. également l'article de C. JAKUBYSZYN, « Le Conseil d'Etat s'efface derrière la justice européenne » dans *Le Monde* daté du même jour.

⁶ L'essentiel du principe de la primauté est contenu dans l'affaire *Costa c. ENEL*, 15 juillet 1964, C-6/64, *Rec.*, p. 1141. Celui-ci énonce entre autres que « le transfert opéré par les

Cette implication progressive des acteurs nationaux dans l'entreprise de l'intégration juridique européenne doit également être interprétée dans la perspective de la stratégie de long terme de la Cour. Depuis longtemps, la Cour a fait le choix de ne pas réagir directement aux menaces de défection, à défaut de pouvoir les accommoder dans sa vision des traités, mais plutôt de chercher à entretenir un système de loyauté institutionnalisé dans sa jurisprudence. Elle a depuis toujours tenté d'engager la loyauté de ses interlocuteurs nationaux, par rapport aux valeurs communes véhiculées par l'ordre juridique de l'UE, pour muer leurs tentations de défection en des engagements conduisant à la prise de parole. En résumé, en cas de conflit entre le droit de l'UE et une disposition de la constitution nationale, les cours nationales de dernier ressort ont régulièrement manifesté une difficulté de départager leurs loyautés envers les ordres juridiques dans lesquels elles se trouvent immiscées. Néanmoins, le *modus operandi* qu'elles ont choisi pour exprimer leur désaccord s'apparente plutôt à un dialogue coopératif qu'à une confrontation par *ultimatums* (Weatherill 1995). Au-delà des enjeux propres au dialogue juridique « vertical », il est tout aussi important de mettre en relation ce dernier avec la diplomatie des cours européennes, selon une dimension « horizontale ».

4. Des pratiques juridiques nouvelles pour un changement de contexte politique

Si le comportement juridictionnel de la Cour de justice n'a guère été affecté par les référendums français et néerlandais, c'est aussi en raison de la transformation à long terme du modèle d'intégration juridique depuis la fin des années 1990. D'un point de vue plus empirique, le changement rapide du contexte politique européen depuis la fin des années 1990 a en effet conduit les juges à développer des pratiques nouvelles qui leur ont permis de faire face à des formes de résistance bien plus profondes et anciennes, et de mieux travailler ce droit qui façonne la construction européenne...

Au moment où l'un des nouveaux enjeux de la politique européenne consiste dans l'enracinement des normes européennes sur le plan national, les juges européens se sont engagés dans un dialogue renforcé avec leurs homologues nationaux. Si ce dialogue prend des formes jurisprudentielles, il revêt surtout une dimension plus proprement diplomatique à travers les rencontres directes entre juges, dans le but de renforcer leur coopération et gérer leur conflictualité latente.

Depuis 1998, les rencontres avec les juges de la Cour européenne des droits de l'homme ont joué un rôle de première importance dans cette perspective (Scheeck 2005a et 2005b). En faisant de la CEDH le *principal* instrument d'interprétation des droits de l'homme dans l'UE, la Cour de justice n'a pas seulement trouvé une manière de réguler sa conflictualité latente avec la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dynamique qui s'explique en grande partie par le dialogue régulier des juges a également permis d'ériger un « bouclier jurisprudentiel supranational » en coopération avec la Cour de Strasbourg qui garantit une meilleure mise en œuvre du

Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains ».

droit de l'UE. Cette démarche a par ailleurs renforcé la position des cours européennes face aux autorités nationales, tout comme l'alignement de leurs jurisprudences, leurs coups de pouce jurisprudentiels réciproques et leur système de références croisées très étoffé (Spielmann 2004 ; De Schutter 2005 ; Burgogue-Larsen 2004) ont élargi leur répertoire d'action. Pour la Cour de justice, les références à un instrument juridique ratifié par l'ensemble des Etats membres et dont la mise en œuvre est surveillée par la Cour de Strasbourg redouble par ailleurs la force obligatoire de ses arrêts. L'apparition de la CEDH dans plus de trois cents affaires, en ne prenant que la séquence 1998-2006, constitue également un argument de taille pour montrer que la Cour de justice assure le respect des droits de l'homme selon les mêmes standards qui s'appliquent dans les Etats membres (Scheeck 2008).

L'intégration de la CEDH dans la jurisprudence européenne permet enfin d'accommoder les autorités nationales, tout en renforçant l'intégration. D'une part, le recours aux droits fondamentaux consolide la dimension constitutionnelle de l'UE. D'autre part, les droits de l'homme permettent parfois de justifier des exceptions au droit de l'Union sans pour autant mettre en question la dynamique d'intégration. Par exemple, la Cour de justice a été amenée à privilégier *de facto* la liberté d'expression, telle qu'elle figure dans la CEDH, d'un groupe d'écologistes autrichiens qui avaient bloqué le passage du Brenner, aux droits économiques d'un entrepreneur exerçant les libertés garanties par les traités de l'UE (arrêt *Schmidberger*, 12 juin 2003). En érigeant les droits fondamentaux et la CEDH en paramètre de référence constitutionnel, la Cour revêt ainsi des airs de cour suprême, tout en prenant en compte les sensibilités d'une Europe toujours plus diversifiée où l'application d'un droit uniformisant est devenue illusoire. Ceci n'implique cependant pas que les juges de la Cour de justice privilégient toujours les droits de l'homme plutôt que la liberté de circulation. L'exemple de l'affaire *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, du 12 décembre 2007 montre que dans une situation comparable à l'affaire *Schmidberger* mais qui concernait des droits sociaux non protégés par la CEDH, la Cour de justice ne se gêne pas pour privilégier la liberté de circulation par rapport aux droits revendiqués par des syndicats nationaux.

5. Conclusion

Alors que la Cour de justice est traditionnellement représentée comme l'unique moteur de l'intégration par le droit, il apparaît que de nouveaux acteurs juridiques – les hautes juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme – ont émergé avec force dans un espace politique devenu plus contestataire. En contribuant ainsi à « faire l'Europe », les effets de leur impact seront sans doute aussi imprévisibles et imprévus que celui que la Cour de justice a exercé sur la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire dès les années 1960. Quant au processus d'intégration par le droit fondé sur la primauté et l'harmonisation, il sera sans doute progressivement remplacé par une dynamique d'« intégration par les normes fondamentales » qui, tout en remplissant une fonction « fédéralisante » chère aux juges européens, reste néanmoins plus soucieuse du pluralisme européen.

Ce processus est susceptible de se renforcer avec l'intégration de la charte dans les traités et l'adhésion de l'Union à la CEDH prévues par les Etats membres, mais

il dépend encore et toujours en grande partie de l'attitude (positive ou négative) des cours nationales à l'égard des institutions supranationales et de leur respect des droits de l'homme (Krisch 2008). Le champ politique européen continue ainsi à se dessiner par tâtonnements juridiques et entrechoquements politiques qui vont croissant dès lors que les liens entre les acteurs engagés se resserrent. Aussi longtemps que l'Europe politique sera bloquée par les désaccords des gouvernements et ralentie par leur incapacité à adapter l'Union européenne aux exigences de ses citoyens, le fonctionnement en réseau des juges et des cours d'Europe s'avère ainsi fort bien adapté pour stabiliser de manière souple un régime politique dont tant les objectifs que l'architecture institutionnelle sont en cours de politisation rapide et de transformation profonde.

D'un point de vue conceptuel, on peut appréhender la question du rôle passé, actuel et futur de la Cour de justice par le biais de la théorie de Hirschman et ainsi rendre compte théoriquement des dynamiques empiriques de relations assumées stables. Dans la catégorie « défection » – « prise de parole », on voit que les réactions politiques et juridictionnelles aux arrêts de la Cour de justice ne relèvent pas d'une stratégie de défection, mais d'une stratégie de prise de parole, traduisant une certaine insatisfaction, mais pas à un point où on pourrait suggérer une volonté de sortie du système ; cette stratégie vise plutôt à inciter la Cour de justice à changer de trame jurisprudentielle et à mieux prendre en compte les soucis des acteurs nationaux. Or, cette dernière ne réagit pas directement à ces menaces et cherche à entretenir le système de loyautés qu'elle a depuis toujours tenté de construire avec ses interlocuteurs nationaux. Plus que l'échec de la Constitution de 2004 et les difficultés que connaît le traité de Lisbonne, c'est sans doute l'élargissement qui figure à ce niveau parmi les grands défis de la Cour de justice, car il s'agit ici d'étendre ce système de loyauté juridictionnelle vers de nouveaux ensembles juridiques (Bobek 2006), avant de les approfondir.

Références

- ALTER, K.J. (2001), *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, Oxford University Press.
- BOBEK, M. (2006), « A New Legal Order, or a non-Existent One ? », *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2, p. 265-298.
- BRIBOSIA, E. (2004), « La future constitution : point culminant de la constitutionnalisation des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in MAGNETTE, P. (éd.) *La Grande Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, p. 201-221.
- BURGORGUE-LARSEN, L. (2000), « Les résistances des Etats de droit », in RIDEAU, J. (éd.) *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars*, Paris, LGDJ, p. 423-458.
- (éd.) (2004), « Chronique de jurisprudence comparée », *Revue de droit public*, 4, p. 1051-1118.
- COHEN, A. et VAUCHEZ, A. (2005), « Les juristes et l'ordre politique européen », *Critique internationale*, 26, p. 97-99.

- COURTY, G. et DEVIN, G. (2005), *La construction européenne*, Paris, La Découverte, Repères, 326, p. 66.
- CRAIG, P. (2002), « The EC, National Courts, and the Supremacy of Community law », in PERNICE, I. et MICCU, R. (éd.), *The European Constitution in the Making*, Nomos Verlag, Baden-Baden, p. 30-31 (disponible sur <http://www.ecln.net/rome2002/craig.pdf>).
- DE SCHUTTER, O. (2005), « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », *CRIDO Working Paper*, 2005/07, <http://cridho.cpd.r.ucl.ac.be/Working%20papers/CRIDHO.WP.2005.07.pdf>.
- FARRELL, D. (1983), « Exit, Voice, Loyalty, and Neglect as Responses to Job Dissatisfaction : a Multidimensional Scaling Study », *The Academy of Management Journal*, 26, p. 4, p. 596-607.
- GUILD, E. (2006), *Constitutional Challenges to the European Arrest Warrant*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers.
- HARLOW, C. (2002), « Voices of Difference in a Plural Community », in BEAUMONT, P., LYONS, C. and WALKER, N. (éd.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, London, Hart Publishing, p. 199-224.
- HIRSCHMAN, A. (1970), *Exit, Voice, and Loyalty : Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge, Harvard University Press.
- HOUSE OF LORDS (2004), *The Future Role of the European Court of Justice*, 6th report.
- KRISCH, N. (2008), « The Open Architecture of European Human Rights Law », *Modern Law Review*, 71/2, p. 183-216.
- LUCHAK, A. (2003), « What Kind of Voice do Loyal Employees use ? », *British Journal of Industrial Relations*, 41/1, p. 115-134.
- MITSILEGAS, V. (2006), « The constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU », *CMLR*, 43, p. 1277-1311.
- PETITE, M. (2006), « Halte au feu sur la Cour », *RDUE*, 1, p. 5-8.
- SCHEECK, L. (2005a), « Solving Europe's Binary Human Rights Puzzle. The Interaction between Supranational Courts as a New Parameter of European Governance », *Questions de Recherche – Research in Question*, n° 15, Centre d'études et de recherches internationales (CERI), Paris, <http://www.ceri-sciencespo.com/publica/question/qdr15.pdf>.
- (2005b), « The relationship between the European Courts and integration through human rights », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)*, 65/4, p. 837-885.
- (2008), *La diplomatie des cours européennes*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, à paraître.
- SPIELMANN, D. (2004), « Un autre regard : la Cour de Strasbourg et le droit de la Communauté européenne », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, p. 1447-1466.
- STONE SWEET, A. et CAPORASO, J. (1998), « La Cour de Justice et l'intégration européenne », *RFSP*, 48/2, p. 195-244.
- STONE SWEET, A. (2004), *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, Oxford University Press.
- TURNLEY, W. et FELDMAN, D. (1999), « The Impact of Psychological Contract Violations on Exit, Voice, Loyalty, and Neglect », *Human Relations*, 52/7, p. 895-922.
- VAUCHEZ, A. (2007), « A Europe of Norms a Political Sociology of a « Community of Law » », http://www.ku.dk/satsning/Europa/pdf/antoine_vauchez_paper.pdf.
- VERVAELE, J.A.E. (2005), « European Criminal Law and General Principles of Union Law », *Research papers in law*, 5/2005, Bruges, Collège d'Europe.
- WEATHERILL, S. (1995), « The Modern Role of the Court in Constitutional law », in *Law and Integration in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, p. 210-221.

