

Les institutions politiques de l'Union et la Cour de justice: Le point de vue du Conseil

Hubert Legal

Résumé Il est bien hardi de prétendre exprimer un point de vue du Conseil sur la Cour mais, s'il faut tâcher de déceler les attentes profondes de l'institution où siègent les représentants des Etats membres vis-à-vis de la juridiction de l'Union, ce n'est pas du tout de complaisance, de flexibilité et d'innovation conceptuelle qu'il est besoin, mais de continuité dans les méthodes, de rigueur dans les analyses et les déterminations qui en découlent et de fermeté dans la vision constitutionnelle. La période est complexe; les configurations de l'Union se démultiplient sans logique apparente, les faux semblants prospèrent et la direction dans laquelle le processus se dirige n'est pas sérieusement prévisible. C'est d'ordre dans ce désordre, de clarté dans cette confusion, de hiérarchie dans cet écheveau et de raison dans cette folie rhétorique que l'Europe a besoin. La Cour a les outils pour y contribuer fortement, rappeler les règles, tracer les lignes rouges et fixer les priorités car le droit n'est pas qu'une contrainte; il est notre projet commun. La jurisprudence n'est pas la loi mais elle guide la plume du législateur. Le Conseil appelle de ses vœux une Cour forte, résolue et confiante, ainsi qu'elle l'a toujours été. A présent que ces belles qualités classiques sont devenues difficiles à pratiquer, elles sont d'autant plus impérieusement requises.

Juriconsulte du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne. En dépit du titre, les commentaires contenus dans la présente contribution sont présentés sous la seule responsabilité de leur auteur s'exprimant à titre personnel et n'engagent ni l'institution ni son Secrétariat général.

H. Legal (✉)
Conseil européen, Bruxelles, Belgium
e-mail: hubert.legal@consilium.europa.eu

*“Ne faut-il que délibérer,
La cour en conseillers foisonne;
Est-il besoin d’exécuter,
L’on ne rencontre plus personne.”*

La Fontaine, Conseil tenu par les Rats.

*“Cuidiez vous que sous mon capel
N’y eut tant de philosophie
Comme de dire: “J’en appel”?
Toute bête garde sa pel;
Qui la contraint, efforce ou lie,
S’elle peut, elle se délie.”*

F. Villon, Question au Clerc du Guichet.

Tel à qui l’on demande: “Parlez moi de moi” vous parlera de lui. Vous êtes en effet deux que cela seul intéresse. Et rien ne sert de rappeler le sujet, plus vous serez au centre de son propos, plus c’est son portrait à lui qui paraîtra sur la toile. Tant pis ou tant mieux; quel malotru voudrait orner sa chambre de dix versions de sa propre figure et laisser au rebut les traits de ses amis?

Non qu’il soit illégitime pour la Cour de chercher à savoir comment son action est reçue; le délibéré est, par essence, ouvert aux idées et fermé aux influences et le travail juridictionnel ne saurait s’abstraire d’un procès dont le juge n’a que peu à connaître des suites. Les regards croisés ont ici plus qu’ailleurs un intérêt de substance et non de vanité.

Si l’on fait le pari qu’il est plus attendu ici de vérité que d’éloge, donner le point de vue du Conseil sur la Cour oblige à commencer par s’interroger sur l’existence d’un tel point de vue.

Les institutions sont, sur le mode statique, les pièces d’un dispositif et, sur le mode dynamique -ou idéaliste- les moteurs d’un dessein. Elles ne sont pas conçues pour s’entre-regarder mais pour produire des règles et en obtenir l’application. Dans leur perception existentielle toutefois, elles se fournissent les unes aux autres des repères et se tendent des miroirs. Par exemple, la Commission et le Parlement européen disent au Conseil que, instance “intergouvernementale” et non “communautaire”, il n’existe pas autrement que comme une *agora* où se retrouvent les Etats membres. C’est donc à ceux-ci qu’il convient que l’on s’adresse, et cela se perçoit dans la terminologie et dans les attitudes. Le Conseil européen lave l’affront en faisant tourner son glaive sommital par-dessus la tête des irrespectueux.

Quitte pour mes homologues à le démentir, ce que renvoient à la Cour la Commission et le Parlement européen est relativement prévisible: la première demande à être confortée dans son rôle de gardienne des traités -terme bucolique inventé par elle et dont la Cour a sur le tard admis l’usage- et le second veut être assuré -au moins- d’une stricte égalité de droits pour la chambre des députés qu’il serait avec le *sénat conservateur* que serait le Conseil. Chacun est porteur d’un projet identifiable, pour la Commission celui d’intégrer les Etats membres dans l’Union, pour le Parlement celui de faire exister au niveau de l’Union une démocratie qui est, à en croire certaines cours constitutionnelles, encore loin d’être réalisée dans ce cadre.

Le Conseil, n'étant animé d'aucune intention aussi prépondérante, n'a pas de miroir brillant à tendre à la Cour pour lui dire qu'elle est toujours la plus belle. Son identité institutionnelle indéfinie rend des reflets brouillés et peu flatteurs. En outre, il n'a ni plénière, ni collègue pour exprimer au sommet le point de vue, réputé unique, de ses dix configurations. Le Conseil européen, chapitre majestueux mais non légiférant, est désormais une institution distincte et, au demeurant, quasiment dépourvue d'expérience de la Cour. Le secrétariat général est un secrétariat général. Il fournit au Conseil et à ses présidences des services et des avis mais n'a pas vocation à poursuivre un but autonome, si ce n'est celui d'optimiser le fonctionnement de l'institution, ce qui certes comprend l'effort pour l'amener à respecter les règles, des plus fondamentales aux plus élémentaires, qu'elle a reçues ou qu'elle s'est données et au plus haut desquelles figure l'Etat de droit.

Au sein du secrétariat général, les membres du service juridique - comme tout juriste travaillant dans les institutions qui ne soit pas mercenaire ou inculte - reconnaissent une double autorité, la temporelle, dans le service de l'institution qui les emploie, et la spirituelle, dans la fidélité à la Cour qui les inspire, les deux aspects étant bien sûr indissociables. Cette double allégeance va sans difficulté. Non pas qu'il soit posé en principe qu'il ne saurait y avoir de contradiction entre l'intérêt général de l'Union et l'intérêt particulier d'une de ses entités constitutives. Un tel postulat serait l'expression d'un état d'esprit corporatiste obtus qui n'a pas cours au Conseil. Mais, face à une contradiction apparente, le respect de la hiérarchie des normes conduit naturellement à analyser l'origine de la divergence et à la corriger plutôt qu'à légitimer l'institution à tout prix. Les services juridiques sont les *missi dominici* de l'empire du droit. Il est de l'intérêt bien compris de chacune des institutions politiques qu'ils le demeurent.

Dans ces conditions, il ne va pas de soi que le juriconsulte du Conseil, qui n'est pas neutre en la matière, soit le mieux à même de transmettre le "ressenti" de l'institution quant à l'apport de la Cour à l'œuvre européenne. Mon rendu des nuances de la sensibilité collective peut donc être imparfait. Mais si, par impossible, le Conseil était appelé à adopter une position sur un sujet aussi peu propice au commentaire politique que la jurisprudence, on peut penser qu'il ferait appel au service juridique pour en assurer la préparation. La contribution requise pourrait emprunter à ce qui suit.

1 La jurisprudence comme Règle

La Règle est, dans le monde chrétien, la ligne de conduite d'un ordre monastique. Fixée par le saint fondateur, elle énonce les devoirs du moine et organise sa soumission aux commandements divins. Qui fixe la Règle dans l'Union? Les Etats membres, en adoptant le droit primaire. Mais le droit primaire précède l'Union, qui n'existe que par lui; parlons des saints et non de Dieu. Dans le fonctionnement de l'Union, qui exprime le sens des commandements originaires? Le législateur, en

adoptant le droit secondaire? Non pas, car ce dernier est contingent et révocable; il applique les traités mais n'a pas pour fonction d'en extraire le sens. La jurisprudence seule est le discours véritable du droit immanent et intangible. Dans l'Union, seule la Cour de justice a l'autorité de la produire. Quelle est en effet la source de toute interprétation autorisée des traités de l'Union et des règles de droit qui s'y appliquent? C'est, en vertu de l'Article 19 du Traité sur l'Union européenne, la Cour de justice, détentrice du pouvoir d'assurer le respect du droit dans l'interprétation des traités. Elle est le fondateur, le prophète. A droit primaire constant, s'entend.

Il en résulte que seule la foi préserve les membres du Conseil de percevoir la jurisprudence comme une contrainte. Or la foi n'est pas un Don paisible au débit mesuré. Elle a ses envolées et ses hoquets.

— *La constance de l'action de la Cour* est, dans ce contexte, son premier apport à l'ordre institutionnel. Le Conseil vit au rythme de l'actualité; sa matière est le phénomène. Qu'une institution non politique ait une vision plus large et plus durable des enjeux de l'intégration est une flagrante nécessité. Les institutions politiques sont par nature inquiètes et veulent qu'on leur présente les règles juridiques qu'elles doivent appliquer sous une forme simple, univoque, cohérente, permanente et incontestable. Et, parmi les institutions politiques, ceci vaut en particulier du Conseil. Ses membres, et encore plus leurs représentants permanents qui sont l'âme de l'institution, défendent des positions élaborées à Bruxelles et plus souvent dans les capitales avec la participation des services juridiques gouvernementaux pour lesquels la doctrine de la primauté est une pierre angulaire, de plus ou moins longue date mais sans contestation qui transparaisse. Dans ces conditions, un avertissement de l'illégalité, en droit de l'Union, d'une disposition à l'examen n'est jamais pris à la légère. Pour autant bien entendu que l'argumentation soit robuste, c'est-à-dire qu'elle ne s'appuie pas sur une jurisprudence prêtant à des interprétations disparates par les services de la Commission ou du Conseil, ou du Conseil et de certains Etats membres, par exemple.

Donc le premier mérite de la Cour est d'être fidèle au poste, d'afficher sereinement la permanence de ses méthodes et d'ignorer les dépressions et les querelles de l'actualité politique. Ainsi l'échec du traité constitutionnel a-t-il été bien amorti dans ses potentialités dramatiques de ce que l'on sait par la jurisprudence historique que les traités européens constituent, quelle qu'en soit la forme, et depuis l'origine des communautés, la charte constitutionnelle d'une communauté de droit. Ainsi l'évocation des temps désormais lointains de "chaise vide" rassure-t-elle sur le fait que le juge de l'Union sait tenir la barre et garantir l'acquis contre les retours en arrière quand le repli menace. Ainsi encore les rappels de l'unité de l'ordre juridique de l'Union sont ils toujours bienvenus lorsque la cohérence du système des voies de recours, ou même du système institutionnel en général, est menacée par des inventions structurelles plus soucieuses d'un but particulier que de la logique d'ensemble. L'avis 1/09 du 8 mars 2011 sur la juridiction des brevets a été un rappel très classique mais très précis de certains impératifs catégoriques qui concernent, au-delà de la matière de

la propriété intellectuelle, les limites de ce que l'on peut greffer sur l'Union sans en dénaturer le principe. En des temps où l'imagination politique n'est pas toujours nourrie d'une culture historique sans faille, un juge orthodoxe est un baume pour les plaies d'esprits meurtris ou désespérés. Il en est de nombreux, même là où on ne les attendrait pas.

Qu'un juriste puisse dire à son institution: "Non, le droit de l'Union ne permet pas cela", et que, ce qui importe plus, il en soit entendu, cela n'est possible que si une jurisprudence claire et constante l'autorise à le faire car on ne peut pas jouer avec l'autorité politique à faire des paris sur l'issue de procédures éventuelles. Cela ne l'amuse pas. Mais les pratiques de négociation souvent très ouvertes au sein du Conseil et les règles de vote applicables font qu'une position initialement minoritaire peut devenir majoritaire si elle est sérieusement présentée comme plus conforme au droit et si elle ne heurte pas des intérêts nationaux essentiels. L'inverse est également vrai. Une telle issue, non exceptionnelle, est intrinsèquement liée à l'autorité de la Cour, qui est une contrainte, mais aussi une sécurité -et donc une contrainte acceptée.

— *L'attention aux équilibres institutionnels* est un trait marquant de l'action de la Cour qui a été moins propre, dans le passé, à lui assurer une popularité de tous les instants auprès des membres du Conseil, surtout, il faut bien le dire, quand elle s'exerçait au bénéfice des compétences implicites de l'Union, du premier pilier pour le choix des bases juridiques ou du Parlement européen quant à la définition des prérogatives.

Mais à présent que le Parlement a obtenu dans les Traités la plénitude de ce à quoi la fonction représentative peut lui permettre de prétendre, dans une organisation qui, en l'état actuel du droit, n'est fédérale ni par sa forme ni par sa nature et que ces mêmes Traités ont effacé la structure en piliers et explicité certaines notions dont le caractère jusque là implicite se prêtait à des interprétations constructives maintenant circonscrites, le Conseil est fondé à s'attendre à ce que l'équilibre institutionnel soit aussi reconnu à son bénéfice et, distinctement de ce qui précède, à celui des Etats membres.

Que l'on songe, entre mille exemples, à la procédure budgétaire, aux accords interinstitutionnels, à la coordination externe ou à la possibilité d'adopter des mandats ou des positions communs à l'Union et aux Etats membres, diverses problématiques actuelles entretiennent des tensions qui n'ont pas d'enjeu réel en termes d'approfondissement de l'Union et qui nourrissent dans la vie politique et administrative de beaucoup d'Etats membres un sentiment d'exaspération envers des bureaucraties perçues, certes à tort, comme nombrilistes, aveugles et haineuses.

Il n'appartient pas à la Cour d'intervenir en première ligne dans des différends d'ordre politique dont au demeurant l'importance réelle est minime, mais il existe au sein du Conseil un besoin de reconnaissance par les "sages" de l'Union de ce que la voix de ceux qui supportent, de bonne foi et dans des conditions difficiles, l'exécution des règles de l'Union, par qui l'intégration peut être accomplie à l'exclusion de tout autre et qui demeurent malgré des transferts de souveraineté - toujours révocables - les maîtres de leur destin, est déterminante dans la formation de la

norme commune. Propos blessants, mesures vexatoires, menaces et autres outrances individuelles qui desservent l'Europe créent l'attente d'un discours de raison.

N'oublions pas qu'en situation de crise, les contraintes institutionnelles même majeures ne sont pas toujours perçues comme incontournables et que les tendances à se défaire des carcans trop rigides coexistent avec la volonté d'utiliser les structures disponibles. Les ressources que peut offrir l'Union pour fournir un cadre à des initiatives nées hors de son sein mais tendant à renforcer la cohésion entre Etats, même par des voies inhabituelles, sont autant de garanties que ces initiatives n'iront pas vers des mécanismes étrangers, voire concurrents, à l'Union - dont l'existence même rendrait pathétiques les protestations de méconnaissance d'une "méthode communautaire" dont personne ne voudrait plus et même de violation de Traités qui deviendraient désuets. Entre trépigner et construire, il n'y a pas dilemme. *Le gros bâton ne tiens en main si de l'autre ne peux nourrir.*

A terme, les troubles que l'Europe traverse actuellement sont probablement encore susceptibles de renforcer son unité. Mais ceci suppose une conception intelligente des équilibres, un peu visionnaire et éloignée des litanies mesquines et rancunières qu'inspire aux pleutres la peur de l'inconnu. Celle de la Cour que nous aimons, qui fait prévaloir la substance sur la forme et le projet sur les travaux préparatoires. Ce qui ne veut pas dire, tout au contraire, qu'une quelconque complaisance soit attendue de sa part.

— *Interpréter selon la règle et non selon la pratique* caractérise la méthode de la Cour, qui est d'essence idéaliste, et non pas pragmatique comme il est dit parfois. Elle suit une logique d'interprétation verticale descendante et n'emprunte rien à des modèles poreux fondés sur l'imprégnation, la capillarité ou l'ambiance. Or la culture du droit écrit structuré est la plus propre à assurer la sécurité juridique dans un environnement international construit autour de règles complexes.

Une technique rôdée et précise tient la bride courte et ne laisse qu'une part restreinte à l'improvisation dans la mise en œuvre du droit primaire et secondaire. C'est tant mieux car, s'il est un Etat de droit dans l'Union, c'est par l'application uniforme de règles non équivoques. Il n'y a pas trois interprétations également plausibles selon l'endroit, la personne ou le contexte; il y a une interprétation - et des erreurs d'interprétation. La norme est objective et, par sa lettre, sa place et son objet ("purpose", c'est-à-dire "propos"), on doit en déterminer la substance et l'effet. A preuve les plaisanteries scolastiques qui irrévérencieusement disent la méthode "latérale, asthmatique et spéléologique" car qui se gausse des écritures c'est qu'il s'y tient et clerks tiennent leur verre comme tiennent leur bréviaire, attendu qu' *anima in sicco habitare non potest*, selon Saint Augustin, *quia spiritus est*.

CILFIT par conséquent. "Le droit communautaire utilise une terminologie qui lui est propre", qui n'a pas automatiquement le sens que lui donne le droit de chaque Etat Membre, y compris quand il dit *pénal*, quand il dit *mariage*, quand il dit *foie gras*, *baby dry* ou *chocolat*, quand il dit *houille* ou quand il dit *aïe* (ce dernier syntagme restant toutefois matière à juger). Mais, s'il est un point qui compte pour le Conseil, c'est la sécurité juridique, et son corrélat le caractère

subsidaire des critères d'interprétation autres que le littéral, qui ne sont pas d'usage lorsque le sens d'un texte est sans ambiguïté.

Sur cette base se construit le droit de l'Union, ainsi que le droit des Etats membres quand ils appliquent le droit de l'Union. Et comme c'est ce qu'ils font -non par soumission mais par volonté- dans les trois quarts de leur législation interne, il est réaliste d'étendre le concept pour admettre que c'est ainsi que se bâtit le droit commun à venir des Etats membres *tout court*. Ceux qui ne voient pas que c'est ainsi que l'Europe avance et non par des rododromes de va-t-en-guerre devant la presse ou des querelles de boulistes sur l'emplacement du cochonnet feraient mieux, dans l'intérêt général, d'y penser à deux fois.

Bien sûr le Conseil n'est pas ravi de s'entendre dire à l'occasion que la pratique institutionnelle constante n'a aucun effet sur les déterminations juridiques soumises à la Cour -mais il faut qu'il s'y fasse, surtout quand certaines pratiques, même constantes ou de longue date comme celle des bases juridiques dérivées, affectent les règles de compétence et de vote prévues par les Traités. Les règles du droit institutionnel primaire de l'Union ne sont pas plus des règles de droit international public que le Conseil n'est une conférence intergouvernementale. La pratique n'y joue qu'un rôle restreint, tout comme la doctrine et les précédents. Ceci confère à notre ordre juridique une capacité conceptuelle maximale sans l'embaras des mains liées par l'habitude prise érigée en loi. Ne négligeons pas l'atout que représente ce primat de la pensée sur la routine, et de l'imagination sur le rapport de forces.

Une Cour stable, visionnaire et rigoureuse, voilà la juridiction de l'Union telle que le Conseil la perçoit.

2 Le contentieux comme garantie

— *Un petit client*: En contraste absolu avec sa place et son envergure politiques, tel est, quantitativement, le Conseil pour la Cour, sauf en défense à des recours directs de particuliers, dans certains contentieux spécifiques comme l'*anti dumping* et les mesures restrictives, à des recours d'autres institutions et à des exceptions d'illégalité. Il n'a pas, comme la Commission, à assumer l'étrange dédoublement entre *amicus curiae* et partie aux procès que lui vaut sa présence dans la plupart des affaires, son rôle de surveillance en vertu des Traités et le nombre de ses fonctionnaires détachés dans les cabinets de juges et d'avocats généraux.

Il ne tiendrait qu'au Conseil de se montrer, dans une mesure qui demeurerait évidemment sans équivalent avec l'action de la Commission, un requérant plus actif. Une telle perspective n'est toutefois pas envisageable, pour plusieurs raisons. En voici quatre:

1. Il y a vingt sept Etats membres, dont les vues ou les intérêts ne sont pas nécessairement coincidents mais qui se réunissent au sein du Conseil pour trouver des accords politiques, pas pour convenir de porter leurs différences d'approche en justice. Il arrive aux Etats membres d'intervenir en ordre dispersé, mais ils ne sont

pour ainsi dire jamais à l'origine de recours dirigés contre d'autres Etats membres sur le fondement de l'Article 259 ou de l'Article 273 du TFUE.

2. Une partie importante de l'activité du Conseil, celle qui concerne la PESC, est, avec l'exception des mesures restrictives, soustraite au contrôle de la Cour de Justice par les Traités eux mêmes.

3. Le Conseil ne voit pas avantage à la radicalisation des conflits interinstitutionnels qu'implique leur transfert à la Cour. En effet, il s'avère que les positions parfois intransigeantes que prennent ses interlocuteurs lorsque des problèmes sont abordés en termes généraux ou abstraits sont souvent plus nuancées dans le contexte de négociations particulières, qui relativisent l'influence des composantes les plus doctrinaires des autres institutions politiques.

4. Il existe une certaine substituabilité, pour la mise en œuvre d'une règle de base, entre les solutions négociées et les solutions juridictionnelles. Or, sans contester que ces dernières puissent s'avérer ponctuellement nécessaires lorsque des blocages législatifs empêchent de donner leur plein effet à des droits garantis par les Traités ou de réaliser des objectifs de l'Union, il est facile de comprendre qu'une interprétation par la Cour d'un principe ou d'une règle générale, en vue de son application à un domaine particulier, ne peut pas - pour des raisons structurelles - tenir compte de la même manière qu'une négociation politique le permet de l'état du droit dans chacun des Etats membres et des difficultés qu'implique son adaptation. Décliner la règle donne nécessairement un résultat quelque peu abrupt sinon aveugle et n'aboutira normalement pas à la mise en place de dérogations, d'exceptions ou de limitations. Même si celles-ci sont socialement justifiées, elles ne se déduisent pour autant pas d'un raisonnement en droit destiné à déterminer les effets attendus d'une règle de principe. Les problèmes concrets que pose l'application des normes d'origine jurisprudentielle dans le domaine du droit social et du droit du travail en fournit l'exemple. Il est naturel que le Conseil soit plus sensible aux problèmes d'exécution des jugements que le Parlement, ou même que la Commission, et ait une certaine répulsion envers le "*private enforcement*".

Toutefois la Cour s'est toujours montrée beaucoup plus soucieuse que ne le sont d'autres juridictions de l'effet de ses jugements, notamment en limitant les effets dans le temps lorsqu'ils sont susceptibles d'occasionner des perturbations sans proportion avec l'intérêt des bénéficiaires des solutions retenues. Sans être gestionnaire des intérêts collectifs des Etats membres, la Cour, dans sa fonction d'intégration, prend manifestement sa part de la responsabilité de trouver un optimum collectif fondé sur les principes. Mais juger n'est pas négocier. Et la jurisprudence est aussi, y compris en dehors du droit matériel, un aliment indispensable de la prise de décision dans l'Union.

— *La jurisprudence concernant les bases juridiques* est une référence cruciale de l'action du Conseil, avec comme point de départ l'idée que tout acte d'une institution suppose l'existence d'un pouvoir d'action, conféré par les Traités, qui en détermine l'objectif, la portée, les effets et la procédure d'adoption.

Le choix de la base juridique fait l'objet des arrêts les plus fréquemment cités dans la pratique du Conseil, qui tient pour essentielle l'exigence d'objectivité

posée par la Cour. On ne retient pas une base juridique pour des raisons de commodité administrative, d'efficacité d'exécution, de règle de vote qu'elle implique au Conseil ou d'étendue des pouvoirs qu'elle confère à une institution. Une telle confusion, manifestement volontaire, entre causes et conséquences est fréquente. La jurisprudence aide à combattre le finalisme en centrant l'analyse sur l'objet d'une proposition (but et contenu), en mettant à part l'accessoire.

Les cas où, pour un contenu indissociable, deux ou plusieurs bases juridiques sont également pertinentes et ceux où la théorie de l'accessoire ne peut être mise en œuvre en raison de la nature de l'une au moins des bases envisagées sont par définition exceptionnels, comme l'est la prise en compte qui peut en découler d'autres facteurs que l'objet de l'acte. Ceci ne signifie pas que des précisions complémentaires ne seraient pas appréciées sur les cas dans lesquels un raisonnement fondé sur l'accessoire est exclu et où plusieurs bases juridiques sont cumulables lorsque plusieurs objectifs sont poursuivis inséparablement.

Relève d'une problématique connexe la question des compétences partagées non exercées qui, selon une thèse ayant cours à la Commission, sont des compétences attribuées à l'Union au titre desquelles celle-ci doit bénéficier d'une capacité d'action extérieure, limitant celle des Etats membres, alors même qu'aucun acte adopté sur la base juridique correspondante ne manifeste l'intention des institutions qui en ont le pouvoir d'exercer cette compétence. Le Conseil n'a pas la même vision des choses et considère que les domaines partagés pour lesquels aucun exercice de compétence n'a eu lieu au sens du Protocole (N°25) ne représentent qu'une compétence potentielle de l'Union qui ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres disposent d'une plénitude de compétence en vertu de l'Article 2, paragraphe 2, du TFUE. Ce sujet, apparemment bien abstrait, envenime pourtant l'importante question de la représentation extérieure de l'Union, en même temps qu'une autre théorie, également soutenue par la Commission, selon laquelle il serait contraire aux Traités d'adopter des positions communes à l'Union et aux Etats membres, des mandats de négociation mixtes ou des autorisations de signature ou de conclusion d'accords internationaux qui le seraient également, au motif que l'autonomie de décision de l'Union en serait compromise.

Le Conseil est d'avis qu'anéantir la mixité pour augmenter la visibilité externe des entités représentant l'Union et les décharger du fardeau de la coordination avec les Etats membres constituerait une issue juridiquement incorrecte et aussi fâcheuse pour l'unité de représentation, envisagée *in concreto*, que porteuse d'une méfiance potentiellement redoutable envers les dispositifs institutionnels de l'Union. Mais c'est à la Cour d'en juger et toute solution revêtue de son sceau vaudra mieux que la répétition épuisante d'escarmouches procédurales sans intérêt qu'engendrent ces désaccords non réglés.

Tout également d'actualité sont les règles particulières qui encadrent l'emploi de bases juridiques déterminées, en dehors même des questions liées à leur caractère cumulable ou "accessoirisable". C'est en regardant vers la Cour que les membres du Conseil s'interrogent sur ce que permettent les Articles 114, 136 et 352, pour prendre ces exemples.

En dépit de la jurisprudence abondante sur le fonctionnement du marché intérieur, l'Article 114 continue à recéler des questions juridiques ouvertes, relatives notamment aux méthodes d'harmonisation permises - dont on comprend mal pourquoi elles semblent parfois avoir été considérées de manière restrictive - et à la validité du recours à cette base pour permettre un retour à des règles nationales lorsqu'il existait des règles harmonisées (en l'absence de perturbations du marché causées par ces dernières) ou pour procéder à une harmonisation qui irait à l'encontre de l'objectif de l'Union d'assurer une concurrence libre et non faussée dans le marché intérieur. La situation politique complexe, et potentiellement centrifuge, du moment pourrait justifier, en contrepoint à la flexibilité requise sur les mécanismes périphériques, une vigilance renforcée quant au maintien en ordre de marche du moteur primordial d'intégration de l'Union que sont, selon la Cour, les règles organisant le marché intérieur.

A signaler également comme d'intérêt actuel la question des limites de l'intervention sur les procédures budgétaires nationales qui peut être réalisée au titre de l'Article 136, par opposition au droit primaire y compris le Protocole (N°12), alors que cet article vise la coordination et la surveillance de la discipline budgétaire et non l'harmonisation du droit budgétaire. De même enfin pour la question de l'avenir de la base juridique de l'Article 352 permettant, sans révision du droit primaire, de réaliser les objectifs de l'Union à défaut d'autres pouvoirs d'action conférés aux institutions, à des conditions procédurales strictes. Des lois et jurisprudences nationales rendent probablement exceptionnel le recours à cette procédure, en raison des règles internes qu'elle implique dorénavant. Elle restera sans doute au moins une option pour réagir à des circonstances critiques qui pourraient, sans elle, générer la tentation de procéder par le "fait accompli".

— *L'autorité de la chose jugée* est, s'il ne fallait retenir qu'une des garanties que la Cour apporte au système institutionnel de l'Union, celle dont le choix s'imposerait. L'exclusion de toute approche relativiste quant à l'obligation de donner leur plein effet aux arrêts et avis de la Cour - et des cours et tribunaux auxquels s'étend son prestige - est ce qui distingue notre culture, structurée et rigoureuse, des édifices parodiques où la garantie des droits n'est pas assurée et où la farce judiciaire est le plus souvent sinistre.

Sans des recours efficaces, la norme n'est pas prise au sérieux. Il n'est que de voir l'effet que produit l'absence de contrôle juridictionnel sur certains actes réputés ne pas faire grief. "Illégal?... Et alors? *So what?* - C'est politique!..." Pareille ineptie est un lieu commun pourtant lorsque la figure du juge ne se profile pas.

Et cette figure est plus que bienvenue car tout Etat membre, et d'autant plus s'il n'est pas de taille imposante, a intérêt à ce que les autres ne s'estiment pas libres de leurs obligations. Qui veut un traité sur la discipline budgétaire réclame que la Cour vienne sanctionner les indisciplinés sur le modèle de l'Article 260, même si le traité est conclu en dehors de l'Union. Qui s'est écarté du "droit chemin" démocratique ou macroéconomique s'empresse de donner à tous les partenaires et à la Commission les preuves quotidiennes de ses bonnes résolutions quand est activé l'Article 258, même quand chez lui la pression des élections joue dans un sens contraire.

Le Conseil ne goûte guère l'aléa. Il ne saisit donc la Cour que très rarement, mais il se sert abondamment de ses déterminations et les appelle de ses vœux quand elles font défaut; l'action politique est sans crédit, privée de l'onction du droit.

3 Le droit comme projet

Le droit a ceci de commun avec d'autres concepts, comme celui de justice, qu'il désigne à la fois un dispositif et une qualité. Il contient à la fois un ensemble de prescriptions et de procédures qui s'imposent dans les domaines régis et une représentation idéale des rapports sociaux offerte comme but à l'action politique. En ce sens, la jurisprudence de la Cour ne peut se réduire à une donnée, fut elle capitale; elle a aussi fonction d'orientation *de lege ferenda*. Bien sûr le Conseil ne serait pas unanime à lui reconnaître ce rôle, et l'on risquerait de nuire au projet en exposant la cohérence de ses éléments. Ils ne seront ici qu'évoqués. *Larvatus prode*.

— Certaine jurisprudence concernant *la transparence, la motivation* et certains *droits fondamentaux d'ordre procédural* est souvent perçue aux alentours du Conseil comme l'incarnation d'un juridisme scolaire et "bien pensant" auquel on témoigne une révérence formelle pour ne pas avoir l'air cynique devant l'opinion publique mais dont l'étalage abstrait de bons sentiments, profondément, exaspère. On attribue volontiers l'enthousiasme pour ces produits édifiants de veillée des chaumières à une forme de bêtise propre aux juristes, que l'on plaint d'être exposés à ce mal et que l'on évite par crainte de contagion. Au mieux on obtempère en levant les yeux au ciel pour avoir la paix. Donnez lui son accès aux documents et sa référence à la CEDH, qu'on en finisse et qu'on passe aux choses sérieuses (OMC, GATT, OACI, Conseil de sécurité, Banque mondiale, etc....).

Peu d'auteurs voudront, à leur corps défendant, attirer l'attention sur cet aspect déplaisant des choses. Concernant les garanties formelles, la Cour, qui jouit d'une confiance fondée sur ce qui la distingue de la Cour européenne des Droits de l'Homme, à savoir son souci de ne pas perturber à plaisir l'ordre juridique dans lequel s'inscrivent ses arrêts, a déçu en cédant parfois (même si elle y a aussi résisté) au syndrome strasbourgeois de la censure facile - entendons facilement déduite du rapprochement inexpliqué d'un principe général et de la description brute d'une situation de fait. Méthode simple et peu fatigante, surtout quand on éprouve manifestement, en prime, le sentiment jubilatoire de faire ainsi preuve de vertu.

Il est connu qu'une des raisons historiques du succès dans certains cercles de l'idée d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne était, même si cette voie n'a pas été poursuivie, qu'elle pourrait offrir une alternative aux méthodes mises en œuvre par la Cour des Droits de l'Homme pour interpréter et appliquer la Convention de sauvegarde. L'impression, vraie ou fausse, d'une

évolution dans le sens d'un concours de beauté sur échelle de perroquet a anéanti toute espérance de cet ordre chez ceux qui la nourrissaient (sans généralement la professer).

Nous nous faisons ici l'écho, pour démentir l'impression d'un unanimité béat, de sarcasmes que nous ne partageons pas mais qui font partie du paysage. Pour autant, les principes jurisprudentiels de bonne administration, repris dans les traités sous leurs diverses formes, ont fait leur chemin. Avec d'heureuses surprises, comme celle née de ce que l'accès aux avis juridiques, pour autant qu'il exclue les développements portant sur des questions non encore tranchées par la Cour, n'a pas porté atteinte à la confiance de l'institution en son service, ni réellement affecté la façon de rédiger ces avis, contrairement à ce que l'on était fondé à craindre. Avec par contre des surprises beaucoup moins heureuses, comme celle de l'apprentissage des innombrables moyens qui permettent, tout en affichant la publicité des travaux, de faire échapper l'essentiel d'une négociation à cette contrainte, sans que cela choque le moins du monde les représentants d'Etats les plus anciennement et constitutionnellement attachés à la transparence des délibérations politiques.

La théorie des apparences, pour enfin la nommer, a heureusement à la Cour un crédit que l'on devine mitigé.

— *La protection des personnes contre d'éventuelles violations substantielles de leurs droits fondamentaux*, quel que soit le cadre procédural dans lequel elles interviendraient, est à distinguer de la rubrique précédente. La Cour, après avoir longtemps subi à son front l'épine *Solange* telle la marque douloureuse de sa couronne christique, semble avoir été saisie d'un mouvement que ne démentiraient pas les juges constitutionnels allemands en opposant à la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité une vérification de compatibilité avec les garanties fondamentales reconnues par l'ordre juridique européen, tout comme le *Bundesverfassungsgericht* a maintenu qu'il avait mission de le faire, dussent quelques dents en grincer, s'agissant de la conformité de la législation de l'Union aux principes fondamentaux du droit constitutionnel de l'Allemagne.

Une doctrine du droit international public d'inspiration fort classique s'est récréée, à l'époque des premiers recours portant sur des mesures restrictives fondées sur l'actuel Article 215 du TFUE, contre toute solution déclarant les requêtes recevables et fondées, laquelle emporterait méconnaissance de la compétence liée pour mettre en œuvre, telles quelles, des décisions dont l'effet obligatoire découle de la Charte des Nations Unies. La Cour a passé outre aux mouvements d'indignation des "internationalistes" qui ont haussé les épaules en grommelant que, décidément, les "communautaires" ne comprendraient jamais rien, dans leur obsession provinciale, à l'ordre juridique mondial.

Aujourd'hui, la jurisprudence sur les "mesures restrictives" est plus connue par les annulations redoutables qu'elle entraîne que par la tâche originelle qu'elle aurait porté en attendant à une orthodoxie moniste bien affaiblie par ailleurs. La pratique des "sanctions", qui ne saurait ignorer à présent les contraintes de contradictoire, de motivation (légalité externe) et de documentation (légalité

interne) qui s'imposent à elles, en est peut-être améliorée; elle est en tout cas avertie de ce qu'il ne suffit pas de reprendre tel quel un nom issu de procédures nationales de renseignement politiquement incontrôlables pour remplir les conditions suffisantes au gel des avoirs de la personne que ce nom en principe désigne. Ce n'est pas un mince résultat dans le monde juridiquement opaque de l'antiterrorisme, et l'on peut saluer la Cour pour l'attention que suscitent, notamment outre-Atlantique, ses déterminations en la matière.

Et, pour autant, le recours aux listes de sanctionnés s'établit de jour en jour plus habituellement comme un outil censé démontrer l'interventionnisme de l'Union, à l'exemple de certains de ses partenaires, dans les relations internationales. Familles de dirigeants, journalistes complaisants, recteurs répressifs, juges dociles et policiers trop zélés voient leurs biens gelés et leurs mouvements interdits, avec la consolation de se dire que, malgré la grande loi du commerce, quelques hommes d'affaires y passent également à l'occasion... A tout le moins peut on se dire que l'on y regarde un peu plus près qu'avant. Pour la forme? C'est difficile à dire. Il serait sans doute hâtif de soutenir que le fond ne s'en trouve en aucune manière infléchi.

— *Faire avancer l'intégration sans suggérer le fédéralisme* est et demeure enfin un projet que la Cour porte au fil de ses arrêts. De ce point de vue, la Cour est impartiale, sans être neutre. On murmure que son militantisme de l'Europe unie et libérale aurait laissé place à une *realpolitik* entre chèvre étatique et chou communautaire, entre marteau des anciens et enclume des nouveaux, entre aides pour les grands et concurrence pour les petits. Bref il se dit bien des choses que l'on ferait mieux de dire à d'autres. Car la Cour maintient son panache et rien n'infirmé à ce jour que sa devise soit : "Je plie mais ne romps pas".

Quant aux membres du Conseil, et plus encore depuis l'élargissement de 2004, ils connaissent le partage entre deux tendances aux lignes fluctuantes, celle qui poursuit une logique d'unification assumée et celle qui, sans exclure des solidarités ponctuelles, place l'accent décidément sur le marché commun. Mais, que l'on mette en valeur les symboles d'unité ou les limites de la démocratie dans l'Union, la procédure législative ordinaire (qui ne fait OLP qu'en anglais) ou la méthode intergouvernementale (qui fait peur dans toutes les langues), l'heure est au rude affrontement des intérêts nationaux sur fond d'implication brutale mais consentie des institutions dans des géométries atypiques. Donc on progresse, à reculons et en désordre, mais à vive allure.

Dans ce contexte équivoque, dangereux et prometteur, la Cour a un grand rôle à jouer de stabilisation, dans le registre de la placide équanimité et non dans celui de l'opportunisme médiatique. Un plan de recul, ni en avant, ni en arrière, ailleurs, pour distancier sans perdre contact et guider sans surprendre. Il y a de l'ouvrage pour dessiner les voies diverses, d'une main légère et précise, qui mènent, sans exclure coopérations renforcées, "*opt-ins*" et accords entre Etats membres, mais en préservant la cohérence des structures centrales, vers une Europe plus soudée, plus dense et plus active.

4 Pour conclure

L'œuvre de la Cour est, pour le Conseil, une contrainte, une garantie et une orientation.

Autant dire qu'elle est ce qu'est le droit pour la politique. Quelque chose d'autre et de semblable. Les cours de justice ont autrefois été des cours de parlement et les conseils des organes judiciaires. Les pouvoirs ont depuis été séparés, mais affirmer, outre la forme, l'altérité absolue de leur exercice serait de courte mémoire.

Autant dire aussi qu'il n'est rien d'acquis, rien n'étant plus insoucieux de l'histoire que l'actualité politique. Comment mieux célébrer l'action de la Cour qu'en soulignant l'ampleur de sa tâche à venir? D'où notre exposé plus chargé en questions, soumises avec estime et respect, qu'en génuflexions serviles. La force de sa vision inspirera la confiance qui consacrera le rôle de la Cour pour les temps à venir, à la hauteur de celui qu'elle a joué dans nos soixante premières années de communauté et d'union. La grandeur n'est hélas pas inhérente à l'acte de juger, mais elle peut s'y observer à l'occasion. De telles occasions ont forgé à la Cour - notre Cour - l'ossature et la conscience de l'Europe institutionnelle. Celles-ci ont un besoin pressant de consolidation.

Le Conseil ne sera pas la dernière institution à respirer si la Cour, saisine aidant, prend la tâche. Il ne sera alors que d'attendre sereinement la lecture de l'arrêt dans l'affaire C-6543/21 Commission, soutenue par Parlement européen et Conseil, c/ RetourenArrière Inc. Très sereinement car il en sera bien jugé, et dans un délai raisonnable eu égard au nombre des recours.