

# L'Union par le droit

## Cour de justice de l'Union européenne et constitutionnalisme du marché\*

ANTOINE VAUCHEZ

« Réorienter le cours de la construction européenne ». La phrase ne cesse de résonner dans le débat politique français et la dernière campagne présidentielle n'a pas démenti les précédentes sur ce point. Encore faudrait-il alors renoncer à l'illusion proprement politique d'une malléabilité de la construction européenne perçue comme pouvant faire l'objet d'autant de relances et de refondations par le fait de la « volonté » des chefs d'État et de gouvernement. L'échec cuisant des gouvernements sociaux-démocrates européens du tournant des années 1990-2000, pourtant largement majoritaires, à durablement imprimer leur marque sur le cours de l'intégration européenne doit ici servir de point de repère<sup>1</sup>. Convaincu ainsi qu'une part de ces échecs collectifs et répétés à « réorienter » la construction européenne tient précisément à notre incapacité collective à reconnaître pleinement la singularité de cette *polity* transnationale, ce court article se veut une invite à explorer cette « Europe-Institution », véritable masse de granit constituée au cours de six décennies<sup>2</sup>. C'est que l'Europe,

\* Cet article reprend sous une forme modifiée des éléments d'un article intitulé « Justice européenne et politique. Pour une clause démocratique », paru dans le collectif dirigé par Patrick Weil, dir., *80 propositions qui ne coûtent pas 80 milliards*, Grasset, 2012.

1. Nombreux sont aujourd'hui les travaux tirant les enseignements de la Stratégie de Lisbonne lancée en 2000 pour la décennie 2000-2010. Initialement pensée dans le sillage de la mobilisation des sociaux-démocrates scandinaves comme stratégie macro-économique censée rééquilibrer les effets dérégulateurs des politiques du Marché commun, la 'Stratégie de Lisbonne' glisse dès 2004 vers la dimension des « réformes structurelles ». Après un examen à mi-parcours, en 2005, très critique, elle a été enterrée dans les faits avec la crise à partir de 2008. Pour la décennie 2010-2020, l'Union européenne a adopté la Stratégie Europe 2020. Voir notamment Jean-Claude Barbier, « Tracing the Fate of EU "Social Policy": Changes in Political Discourse from the "Lisbon Strategy" to "Europe 2020 [Retracer le destin de la « politique sociale » de l'UE : changements du discours politique de la stratégie de Lisbonne à Europe 2020] », *International Labour Review*, vol. 151 (4), 2012, p. 377-399. On pourra se reporter aussi à Isabelle Bruno, « La stratégie de Lisbonne : une révolution silencieuse », *Savoir/agir* n°5, septembre 2008.

2. On se permet de renvoyer ici à notre ouvrage : *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Presses de Sciences Po, 2013.

entendue ici comme système relativement stable de significations et de pratiques, n'est ni le fruit d'un acte juridique unique, ni même simplement le produit d'une série de décisions ou de négociations politiques. Elle s'est forgée sur un temps long, qui a trop souvent fait figure de « temps mort » entre deux « relances » ou « crises », et au cours duquel se sont définies les catégories, les fictions et autres constructions (juridiques, politiques ou autres) propres à décrire et à fonder cette entité politique transnationale et avec lesquelles les « réformateurs » doivent composer quand ils entendent refonder le projet européen. C'est dire si l'enjeu est d'abord ici de prendre l'Europe telle qu'elle est, et non pas telle qu'elle dit être ou telle qu'on souhaiterait qu'elle soit.

Sous ce rapport, la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas la clé d'entrée la moins suggestive. On ne sait si c'est par paresse intellectuelle face à la technicité supposée de son travail, ou – ce qui ne serait guère mieux – du fait de la neutralité qu'on lui prête trop négligemment, mais il est un fait que la Cour reste pour beaucoup une *terra incognita* de l'Union, comme si elle devait rester au ban de l'espace public européen. Il est vrai qu'installée dans un Grand-Duché bien à l'abri du ballet diplomatique du Rond-Point Schuman à Bruxelles, la Cour de Luxembourg n'attire guère l'attention, quand elle n'est pas carrément confondue avec l'autre « Cour européenne », celle de Strasbourg<sup>3</sup>... Il n'est pourtant pas exagéré de dire que le destin de la démocratie européenne se joue de plus en plus dans le prétoire de Luxembourg. Nos voisins européens ne s'y trompent pas : il y a bien longtemps que la House of Lords a placé la jurisprudence de la Cour sous surveillance étroite. En Allemagne, le débat politique fait rage : les universitaires les plus réputés (Fritz Scharpf, ancien directeur de l'Institut Max Planck) comme les hommes politiques les plus importants (Roman Herzog, l'ancien président allemand) se sont émus ces dernières années des conséquences sociales et politiques de l'activisme des juges de Luxembourg. Et nous Français ? Nous sommes encore et toujours victimes de ce strabisme qui nous fait chercher le pouvoir là où nous sommes habitués à le trouver chez nous, c'est-à-dire dans les institutions

3. Voir néanmoins les travaux du groupe de recherche Polilexes : [www.polilexes.com](http://www.polilexes.com), et divers ouvrages collectifs tels que Pascal Mbongo, Antoine Vauchez, *Dans la fabrique du droit de l'Europe. Acteurs, scènes et publics de la Cour de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; et le dossier coordonné en 2010 pour la *Revue française de science politique* par Antonin Cohen et Antoine Vauchez.

« politiques ». Il est grand temps de chausser les lunettes de la politique européenne pour prendre la mesure du pouvoir judiciaire qui s'y est développé à mesure que déclinaient le projet et les ambitions politiques au plan communautaire.

Pour corriger cette erreur de perspective, on pourrait commencer par quelques noms qui paraissent en général bien exotiques mais que les lecteurs de *Savoir/agir* connaissent déjà en partie<sup>4</sup> : Viking (décembre 2007), Laval (décembre 2007), Rüffert (avril 2008), Maruko (avril 2008), Zambrano (mars 2011). Ce sont pourtant là autant de coups de force jurisprudentiels qui affectent la protection sociale, le droit de grève, la liberté syndicale, le droit pénal, la citoyenneté, etc... La Cour de justice s'aventure en effet depuis quelques années au cœur du domaine des États, là où les compétences européennes sont le moins affirmées. En un mot, la Cour de justice se veut aujourd'hui « Cour constitutionnelle de l'Europe » et elle s'octroie la capacité politique de juger du juste équilibre entre droits sociaux et libertés économiques. On pourrait, il est vrai, se réjouir qu'un tel moteur judiciaire prenne ainsi le relais de la panne politique. Le tableau n'est pas si simple.

C'est que la Cour est d'abord et avant tout le bras judiciaire d'un « programme d'intégration » (selon l'heureuse expression de la Cour constitutionnelle allemande) de grande envergure, la construction du Marché intérieur, essentiellement défini autour des quatre libertés de circulation (des biens, personnes, services et marchandises) et de la libre concurrence. On a pu à ce propos parler d'un « constitutionnalisme du marché »<sup>5</sup>. De quoi s'agit-il au juste ? D'une doctrine jurisprudentielle du fond et de la forme des traités européens. Sur le fond, la Cour a en effet très tôt promu, selon l'expression d'une des voix les plus autorisées du droit communautaire, lui-même juge à la Cour pendant plus de vingt ans, une « une interprétation holistique des traités » (P. Pescatore). L'assemblage hétéroclite des traités européens (notamment les traités de Rome de 1957) et leur lot souvent contradictoire d'objectifs, de politiques et d'instruments a ainsi, sous l'effet du travail interprétatif de la Cour, laissé la place à un système de sens cohérent, unifié, complet, et orienté vers un objectif essentiel : « l'établissement

4. Marc Mangenot, « Des arrêts de la CJCE contre l'Europe sociale », *Savoir/agir*, n°6, décembre 2008.

5. Loïc Azoulai, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, p. 29ss.

du Marché commun ». Sur la forme, la Cour a conféré à ces traités européens ainsi ré-interprétés par ses soins, une valeur constitutionnelle (Cf. les arrêts « fondateurs » de la Cour : Van Gend en Loos en 1963 et Costa c. ENEL en 1964), c'est-à-dire une supériorité et une application directe sur tout le système normatif des différents États membres. La combinaison de cette forme « constitutionnelle » et de cette doctrine quant au « fond » des traités (« l'intégration par le Marché commun ») s'est opérée par toute une série de coups de force jurisprudentiels qui ont étendu progressivement la portée de ce « constitutionnalisme du marché » bien au-delà du domaine de la liberté circulation des marchandises, pour couvrir rapidement la libre circulation des travailleurs, des services, etc... Mieux : en combinant une interprétation extensive de l'objectif inscrit dans les traités (« la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible d'un véritable marché intérieur » dit l'arrêt Schul de 1982), une définition large de ce qu'est une « activité économique » concernée par les quatre libertés (les biens culturels, les événements sportifs, la protection sociale, etc...) et une lecture restrictive des entraves et exceptions à leur empire, la Cour a transformé cette doctrine politico-juridique en un arsenal jurisprudentiel particulièrement efficace. D'autant qu'en faisant de ces règles un « droit subjectif » pouvant être directement invoqué par les particuliers devant les juridictions nationales, la Cour a rendu ces principes opposables à toute la législation nationale potentiellement contraire, y compris dans des domaines qui n'entrent pas *a priori* dans les compétences expressément ou exclusivement attribuées à l'Union<sup>6</sup>. C'est dire en somme si la Cour a partie liée avec le déploiement progressif d'un « programme d'intégration » qui fait des quatre libertés de circulation inscrites dans les traités de Rome (auquel a été progressivement agrégé l'objectif de « libre concurrence ») le levier principal de la construction de l'Europe.

Il est vrai que cette force de frappe peut parfois servir le développement de droits non économiques (lutte contre les discriminations, défense de l'égalité homme-femme, citoyenneté européenne). On aurait certes tort de négliger ce potentiel émancipateur de cet arsenal jurisprudentiel qui

6. Pour un aperçu de cette construction jurisprudentielle foisonnante, on renvoie à Philippe Maddalon, La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, LGDJ, 2007.

s'est parfois révélé meilleur protecteur des droits et libertés « non économiques » que la Cour européenne des droits de l'homme ou les cours suprêmes. Mais c'est à la condition que ces droits et libertés s'inscrivent, voire contribuent directement, au déploiement du programme d'intégration évoqué plus haut. À défaut, la Cour fera le plus souvent prévaloir les libertés économiques : c'est le cas de l'arrêt Viking où la reconnaissance du droit de grève pèse peu face aux « nécessités » de la libre de prestation de services à l'intérieur de l'Union ; c'est le cas des arrêts Laval et Rüffert où les conventions collectives nationales sont de peu de poids face aux exigences de la liberté d'établissement des entreprises. Difficile alors de ne pas suivre les principaux syndicaux européens quand ils voient dans la Cour l'acteur d'une libéralisation par la voie judiciaire. Pour que la Cour de justice agisse ainsi en Cour constitutionnelle de l'Europe, encore faudrait-il qu'elle ne soit pas seulement l'efficace « bâtisseur de marché » qu'elle a été depuis sa création, encore faudrait-il que les traités européens dont elle a la charge forment un « pacte social complet » à l'instar des contrats sociaux qui se sont construits au fil du temps dans chacun des États membres. Rien de tel pourtant pour l'Union européenne fondée depuis les traités de Rome sur un découplage entre des politiques sociales et redistributives assurées au niveau national d'une part, et les politiques de construction du Marché intérieur dont il revient aux institutions communautaires d'assurer le plein développement à l'écart des entraves étatiques, d'autre part. Vingt ans de débats autour de l'Europe sociale n'auront guère affecté ce déséquilibre originel des politiques européennes. Pour que la Cour de justice agisse ainsi en Cour constitutionnelle, encore faudrait-il surtout que sa force de frappe juridique soit contrebalancée par des voies de recours politique. Or, la partie est bien inégale au niveau communautaire entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique. Les interprétations que la Cour donne des textes communautaires sont de fait pratiquement impossibles à renverser. De deux choses l'une : soit la Cour a interprété une disposition des traités européens et, dans ce cas, il n'est d'autre solution que de réviser les traités eux-mêmes : on sait la voie malaisée... ; soit la Cour s'est saisie de directives et règlements communautaires et, dans ce cas, il faut – selon les cas – une majorité ou l'unanimité des États pour adopter une directive contraire : on sait l'entreprise difficile. En somme, cette machine de guerre juridique laisse le niveau politique tout à fait démuni. Un tel déséquilibre des pouvoirs passait relativement inaperçu aussi

longtemps que la Cour entrait peu dans les compétences-clés des États – droit social, droit pénal, droit du travail, citoyenneté. Il prend désormais un relief politique nouveau. ■